



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La libertad de enseñanza en la Constitución Española y en la doctrina católica

Rosa M^a Satorras Fioretti

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

Tesis doctoral

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA
DOCTRINA CATÓLICA

(para optar al título de doctora en derecho)

Director: Prof. Dr. Víctor Reina Bernáldez

Doctoranda: Rosa M^a Satorras Fioretti

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



0700417837

Programa de Doctorado: "Poder i Dret a Catalunya" (bienio 1991/92 a 1992/93)

Tutora del programa: Dra. M^a Teresa Tatjer i Prat.

Departamento de Historia del Derecho y Derecho Romano
Area de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Barcelona

6. LOS MEDIOS DE GARANTÍA ESTATALES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN (ART. 27.5 CE).

El presente apartado va a valorar la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional acerca del art. 27.5 CE, que dice así:

Art. 27.5 CE: "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".

A. STC 5/1981 de 13 de febrero.

Esta Sentencia⁽²⁰⁹⁾, recordemos, fue la que realizó el análisis del recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 5/1980 de 19 de junio, por la que se reguló el Estatuto de Centros Escolares (o LOECE), promovido por sesenta y cuatro Senadores de varios Grupos Parlamentarios Socialistas⁽²¹⁰⁾, comisionados por D. Tomás de

(209) Vid. supra nota nº 72.

(210) Se trata del Grupo Parlamentario Socialista, el Grupo Parlamentario Socialistas de Cataluña y el Grupo Parlamentario Socialistas Vascos.

la Quadra Salcedo.

No hallándose en los Antecedentes referencia alguna al art. 27.5 CE, pasaremos directamente a estudiar la opinión del Tribunal Constitucional derramada sobre aquél, para lo que hay que comenzar por observar la contestación al Motivo Primero de la impugnación⁽²¹¹⁾; al tratar sobre las limitaciones del ideario educativo como derecho autónomo que es, sostiene que su extensión podrá llegar a los distintos aspectos en los que el centro desarrolle su actividad, pero que lo que no puede traspasar -aparte del respeto debido a los principios constitucionales, a los derechos fundamentales del individuo, del servicio a la objetividad y a la certeza en las enseñanzas, así como a su científicidad, y de la intención de lograr los fines establecidos en el art. 27.2 CE- es la programación estatal, es decir, el hecho de que las enseñanzas sean regladas, y de que las materias a exponer tengan un contenido mínimo establecido por los poderes públicos, o de que el mínimo de horas lectivas venga prefijado legalmente.

Más adelante, pero siguiendo en este Motivo Primero de la impugnación⁽²¹²⁾, al comentar las cotas entre las que se puede

(211) Vid. supra nota nº 72; Fundamento Jurídico 8; pág. 33.

(212) Vid. supra nota nº 72; Fundamento Jurídico 9; pág. 34.

mover la libertad de cátedra (que ya vimos en el segundo apartado de este capítulo), dice que posee un contenido doble: de su aspecto negativo se deriva la imposibilidad de existencia -habla aquí tan sólo de los centros públicos- de una "ciencia o doctrina oficial" que condicione sus explicaciones; y la vertiente positiva se traduce en la facultad del docente de transmitir sus conocimientos como mejor considere. En esta última faceta, se va dando un decrecimiento gradual conforme descendemos de nivel educativo, y esto se produce por causa de la potestad estatal de planificación de los estudios, más detallada cuanto menor sea el grado de enseñanza. El plan de estudios limita la libertad de cátedra (o libertad de enseñanza de los profesores), pues es la autoridad competente la que determina el contenido mínimo de cada asignatura, y no el enseñante, que deberá -necesariamente- someterse a ello. Asimismo, el profesor no puede escoger el medio pedagógico que mejor le parezca, sino que tendrá que elegir de entre los que le ofrezca -igualmente- la normativa de cada momento. Aunque este extremo (la vertiente positiva) se analice sólo desde la perspectiva de los centros públicos, creemos que es también aplicable -en el sentido explicado- a los privados, pues la planificación educativa les afecta exactamente igual, lo único que tendrán mayores limitaciones, tal como vimos en el capítulo segundo, y como veremos en el séptimo.

Y aunque sea un dato puramente anecdótico, en cierto momento, comenta el Alto Tribunal que la LOECE, en todo su articulado, no hace "ninguna referencia a la programación general de la enseñanza ni a los modos de articular la participación en ella de los padres de alumnos, entre otros sectores afectados", de donde "a sensu contrario" podremos deducir mejor el sentido exacto del at. 27.5 CE que, en cualquier caso no está desarrollado en ningún punto de la ley que estamos tratando.

En el Voto Particular realizado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente⁽²¹³⁾, se continúa opinando acerca de este precepto⁽²¹⁴⁾: se dice que el art. 9.2 CE⁽²¹⁵⁾ impone al Estado la promoción de las condiciones para que las libertades del hombre sean «reales y efectivas», y que el art. 9.1 CE⁽²¹⁶⁾ establece la obligatoriedad de los poderes públicos y de los particulares de cumplir los mandatos consti-

(213) Vid. supra nota nº 72; pág. 41. Se adhirió a él los Magistrados don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas.

(214) Vid. supra nota nº 72; Voto Particular, punto 22; pág. 48.

(215) Art. 9.2 CE: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

(216) Art. 9.1 CE: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

tucionales, que son todos vinculantes y normativos. Así, dentro del ámbito educativo, el art. 9.2 CE se halla concretado, o mejor, reforzado por el art. 27.5 CE, pues "se especifica que para dar satisfacción al derecho de todos a la educación, y, aunque no se diga, al derecho de todos los padres recogido en el párrafo 3 del mismo artículo, los poderes públicos están obligados a la creación de centros docentes". Reconocen, eso sí, que como el Estado no puede crear, de golpe, todos los centros públicos que se necesitan, de momento, hay que simultanearlos con los concertados para, por lo menos, asegurar que sus posibilidades educativas lleguen a todos, así como complementar el sistema global con los centros propiamente privados.

Después de este Voto Particular, termina el comentario que hizo esta Sentencia al art. 27.5 CE ya que no lo mencionó en más ocasiones.

B. STC 77/1985 de 27 de junio.

La presente⁽²¹⁷⁾, tantas veces comentada en este capítulo, que analizó el recurso previo de inconstitucionalidad planteado contra el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (o Proyecto de la LODE), promovido por D. José Ma

(217) Vid. *supra* nota nº 114.

Ruiz Gallardón como comisionado de cincuenta y tres Diputados del Congreso, también -cómo no- dijo algo acerca del artículo que estamos estudiando. Lo que ocurre es que lo que se cita en la Sentencia sólo plasma las posturas de los recurrentes y del Abogado del Estado, pero no la del Tribunal Constitucional al respecto. Es así porque se comenta el tema dentro de la impugnación del Motivo Cuarto, en el que se atacaba todo un bloque de artículos, uno de los cuales (la Disposición Adicional 1ª. 2 del Proyecto de la LODE⁽²¹⁸⁾) aludía a la competencia estatal de programación general de la enseñanza. El Motivo Cuarto, en global, hacía mención a diversos preceptos que, supuestamente, infringían la distribución competencial establecida en la Constitución entre el Estado y las Comunidades Autónomas; el problema es que al impugnar la Disposición Adicional 1ª.2 y los artículos 28, 30, 31 y 32 del Proyecto de la LODE, junto con otros varios preceptos en un bloque fácilmente generalizable, el Alto Tribunal lo que hizo es justo eso, es decir, dar una respuesta conjunta a todos ellos que, por cierto, vimos ya en el segundo apartado de este capítulo al tratar de la libertad de enseñanza en sí misma considerada (allí nos remitimos). En cualquier caso, creemos que es interesante ver las opciones encontradas en este punto, por lo que -igualmente y, aunque no sienten jurisprudencia- las vamos a plasmar a continuación.

(218) Vid. *supra* nota nº 136.

Los recurrentes acusan a la Disposición Adicional 1ª. 2 del Proyecto de la LODE de no atribuir la aprobación de la «programación general de la enseñanza» a ningún órgano público determinado, por lo que para dilucidar a cuál pertenece habrá que ir a los principios generales establecidos en la Constitución, que se hallan en el art. 149 CE, y a los determinados en los Estatutos de Autonomía. Piensan que, al ser la programación general una facultad administrativa (a su entender), como lo son la reglamentación y planificación del sistema educativo, corresponderá sólo al Estado el dictado de la normativa básica y a las Comunidades Autónomas -que hayan asumido la plena competencia en esta materia- la labor administrativa y ejecutiva.

En cuanto a la participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza, también predicada en el art. 27.5 CE, los arts. 28, 30, 31 y 32 del Proyecto de la LODE⁽²¹⁹⁾, establecen el sistema del Consejo Escolar del Esta-

(219) Art. 28 del Proyecto de la LODE: "A los fines previstos en el artículo anterior, y con carácter previo a la deliberación del Consejo Escolar del Estado, se reunirá la Conferencia de Consejeros titulares de educación de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el Ministro de Educación y Ciencia, convocada y presidida por éste. Asimismo, la Conferencia se reunirá cuantas veces sea preciso para asegurar la coordinación de la política educativa y el intercambio de información".

Art. 30 del Proyecto de la LODE: "El Consejo Escolar es el órgano de ámbito nacional para la participación de los sectores afectados en la programación general de la enseñanza y de asesoramiento respecto de los proyectos de ley o reglamentos que hayan de ser propuestos o dictados por el Gobierno".

Art. 31 del Proyecto de la LODE: "1. En el Consejo Escolar del Estado,

do como órgano de participación, aunque no otorgue a las Comu-

cuyo Presidente será nombrado por Real Decreto a propuesta del Ministro de Educación y Ciencia de entre personas de reconocido prestigio en el ámbito educativo, estarán representados:

a) Los profesores, cuya designación se efectuará por sus centrales y asociaciones sindicales más representativas, de modo que sea proporcional su participación, así como la de los diferentes niveles educativos y la de los sectores público y privado de la enseñanza.

b) Los padres de los alumnos, cuya designación se hará por las confederaciones de asociaciones de padres más representativas.

c) Los alumnos, cuya designación se realizará por las confederaciones de asociaciones de alumnos más representativas.

d) El personal de administración y de servicios de los centros docentes, cuya designación se efectuará por sus centrales y asociaciones sindicales de mayor representatividad.

e) Los titulares de los centros privados, cuya designación se producirá a través de las organizaciones empresariales de la enseñanza más representativas.

f) Las centrales sindicales y organizaciones patronales de mayor representatividad en los ámbitos laboral y empresarial.

g) La Administración educativa del Estado cuyos representantes serán designados por el Ministro de Educación y Ciencia.

h) Las Universidades, cuya participación se formalizará a través del órgano superior de representación de las mismas.

i) Las personalidades de reconocido prestigio en el campo de la educación, de la renovación pedagógica y de las instituciones y organizaciones confesionales y laicas de mayor tradición y dedicación a la enseñanza, designadas por el Ministro de Educación y Ciencia.

2. El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, aprobará las normas que determinen la representación numérica de los miembros del Consejo Escolar del Estado, así como su organización y funcionamiento. La representación de los miembros de la comunidad educativa a que se refieren los apartados a), b), c) y d) de este artículo no podrá ser en ningún caso inferior a un tercio del total de los componentes de este Consejo".

Art. 32 del Proyecto de la LODE: "1. El Consejo Escolar del Estado será consultado preceptivamente en las siguientes cuestiones:

a) La programación general de la enseñanza.

b) Las normas básicas que haya de dictar el Estado para el desarrollo del art. 27 de la Constitución española o para la ordenación del sistema educativo.

c) Los proyectos de reglamento que hayan de ser aprobados por el Gobierno en desarrollo de la legislación básica de la enseñanza.

d) La regulación de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y su aplicación en casos dudosos o conflictivos.

e) Las disposiciones que se refieran al desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades en la enseñanza.

nidades Autónomas representación alguna; además, se dice que el mencionado Consejo será consultado para la programación general de la enseñanza, sin afirmarse qué órgano estará facultado para ejecutar esta potestad.

De lo anterior, los recurrentes sacan la conclusión de que tiene que corresponder la competencia de aprobación de la planificación general a las Comunidades Autónomas con competencia plena asumida por sus respectivos Estatutos de Autonomía, puesto que nada se dice ni en la Norma Superior ni en aquéllos, de que se le tenga que atribuir al Estado. éste se encargará del dictado de la normativa básica al respecto y de la coordinación general del proceso, por medio de la «Conferencia de Consejeros de Educación de las Comunidades Autónomas»⁽²²⁰⁾.

Como era lógico esperar, el Abogado del Estado contradijo

f) La ordenación general del sistema educativo y la determinación de los niveles mínimos de rendimiento y calidad.

g) La determinación de los requisitos mínimos que deben reunir los centros docentes para impartir las enseñanzas con garantía de calidad.

2. Asimismo, el Consejo Escolar del Estado informará sobre cualquiera otra cuestión que el Ministerio de Educación y Ciencia decida someterle a consulta.

3. El Consejo Escolar del Estado, por propia iniciativa, podrá formular propuestas al Ministerio de Educación y Ciencia sobre cuestiones relacionadas con los puntos enumerados en los apartados anteriores y sobre cualquier otra concerniente a la calidad de la enseñanza.

(220) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 5 d); pág. 799.

los anteriores argumentos y, aunque nada dijese el Tribunal Constitucional, al no declarar inconstitucionales ninguno de los preceptos impugnados en este Motivo Cuarto, tácitamente daba la razón a esta parte⁽²²¹⁾.

Mantuvo la existencia de la competencia estatal -que no autonómica- en cuanto a la aprobación de la programación general de la enseñanza, y no, como sostenían los recurrentes, como una facultad "meramente normativa ni reducida a la coordinación de las programaciones que, para sus respectivos ámbitos territoriales, realicen las Comunidades Autónomas competentes al efecto". Esto es, según él, la más clara interpretación posible, a partir de la expresión «poderes públicos» -en plural- que utiliza el art. 27.5 CE, además de que los intereses supracomunitarios lo exigen así.

La competencia va más allá de una simple "ordenación normativa del sistema educativo", pues -dice- pertenece al Estado, además, la total actividad de programación, como manifestación directa de la planificación económica estatal (potestad exclusiva de aquél) en el ámbito educativo: siendo tan escasos, como lo son, los recursos a ello destinados, parece justo que sea el propio Estado el que los organice (y

(221) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 7 d); pág. 807.

eso en aras al art. 131 CE⁽²²²⁾). Asimismo, se evidencia también que se ha de tratar de una potestad exclusiva estatal, por el hecho de ser una norma básica de desarrollo del art. 27 CE, que -como dijimos ya en el apartado sobre la libertad de enseñanza- corresponde siempre al Estado, "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en materia educativa".

Finalmente, en cuanto a la acusación de los demandantes de que no se ha dado cabida a la Comunidad Autónoma en el proceso planificador -como sector afectado que es-⁽²²³⁾, afirma el Abogado del Estado que es una falacia o, más bien, un error interpretativo, pues aquéllas tienen su propio cauce de participación, la Conferencia prevista en el art. 28 del Proyecto de la LODE⁽²²⁴⁾, para intervenir tanto en éste como

(222) Art. 131 CE: "1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

(223) Recordemos que de allí desprendían la conclusión de que no se les pudo dar entrada porque eran ellos mismos los que realizaban la planificación, con lo que no tendría sentido la participación de algún representante de la Comunidad Autónoma, cuando es ella misma la que dirige el proceso.

(224) Vid. supra nota nº 219.

en otros muchos procesos normativos estatales en materia de enseñanza ⁽²²⁵⁾.

Como ya advertimos, no habiendo el Alto Tribunal expresado su opinión, dejamos aquí el tratamiento de esta Sentencia, para retomarla en el próximo apartado.

C. STC 26/1987 de 27 de febrero.

Esta es otra compleja Sentencia ⁽²²⁶⁾ que realizó el análisis del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno Vasco contra varios preceptos de la Ley Orgánica 11/1983 de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (que en adelante citaremos como LRU) ⁽²²⁷⁾, principalmente por dos motivos, que son la vulneración del derecho fundamental a la autonomía universitaria, y el sempiterno problema del conflicto competencial entre el Estado y las Comunidades Autó-

(225) Menciona los siguientes: las funciones de programación general de la enseñanza, los proyectos de reglamento que hayan de ser aprobados por el Gobierno en desarrollo de la legislación básica, la regulación de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y su aplicación en casos dudosos o conflictivos, y las disposiciones referentes al desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades en la enseñanza.

(226) STC 26/1987 de 27 de febrero. BJC nº 71; págs. 223 y ss. Ponente: Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral. (B.O.E. de 24 de marzo de 1987).

(227) Ley Orgánica 11/1983 de 25 de agosto, de Reforma Universitaria; B.O.E. nº 209 de 1 de septiembre de 1983; págs. 2823 y ss.

nomas⁽²²⁸⁾. Aquí sólo comentaremos las escasas referencias que se hicieron a nuestro tema, es decir, al art. 27.5 CE.

Al defender la constitucionalidad del art. 14.3 de la LRU⁽²²⁹⁾, el Abogado del Estado afirma que el establecimiento de unas bases para la composición del Consejo Social "responde al principio participativo que resulta de la propia Constitución", y que deriva del art. 27.5 de la misma. Este es un modo de asegurar que la Universidad se rige económicamente y a nivel de programación general plurianual, por un colectivo de personas -no sólo de miembros de la comunidad universitaria- que representan a la sociedad: se garantiza así la participación de «los sectores afectados» que, a la postre, somos todos los miembros de la sociedad⁽²³⁰⁾.

(228) Ambos problemas serán estudiados a fondo en el apartado sobre el art. 27.10 CE, aunque el segundo de los enunciados -esto es, la cuestión competencial- ya se trató en el que hicimos sobre el art. 27.1, segundo inciso de la Constitución; en su momento expondremos por qué se ha desdoblado este tema en diversos epígrafes.

(229) Art. 14.3 de la LRU: "El Consejo Social (que en el art. 14.1 de esta misma Ley, se dice que es el órgano de participación de la sociedad en la Universidad) estará compuesto:

a) En sus dos quintas partes, por una representación de la Junta de Gobierno, elegida por ésta de entre sus miembros, y de la que formarán parte, necesariamente, el Rector, el Secretario General y el Gerente.

b) En las tres quintas partes restantes, por una representación de los intereses sociales, de acuerdo con lo que establezca una Ley de la Comunidad Autónoma correspondiente. Esta Ley fijará asimismo, el número total de dicho Consejo y, en todo caso, preverá la participación de representantes de sindicatos y asociaciones empresariales. Ninguno de los representantes a que alude este párrafo podrá ser miembro de la comunidad universitaria.

(230) Vid. supra nota nº 226; Antecedente 4; pág. 228.

Entrando ya en la opinión del Tribunal Constitucional⁽²³¹⁾, se dice en esa Sentencia que el establecimiento, en la LRU⁽²³²⁾, de la necesidad de una Ley de las Cortes Generales para la creación de Universidades Públicas o privadas (lo que los recurrentes consideraban atentatorio contra el sistema competencial establecido, que veremos en el apartado que trate el art. 27.10 CE), pero respetándose, a su vez, la misma potestad a las Comunidades Autónomas con competencia plena en esta materia, sirve "a las necesidades de programación de la enseñanza universitaria" del art. 27.5 CE, garantizando de este modo la coordinación general estatal en este sentido.

El Alto Tribunal da la razón al Abogado del Estado en su afirmación de que el establecimiento de las proporciones de

(231) Vid. supra nota nº 226; Fundamento Jurídico 6; pág. 293.

(232) Nos vamos a referir a los siguientes preceptos:

Art. 5.1 de la LRU: "1. La creación de las Universidades se llevará a cabo:

a) Por Ley de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.

b) Por Ley de las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio haya de establecerse".

Art. 58.1 de la LRU: "1. Son Universidades privadas las que sean reconocidas como tales:

a) Por Ley de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial hayan de establecerse.

b) Por Ley de las Cortes Generales, a propuesta del Gobierno, de acuerdo con el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio hayan de establecerse".

representación exigidas en el Consejo Social, por parte del art. 14.3 de la LRU⁽²³³⁾, lo que está tratando de hacer es homogeneizar los órganos de este tipo de todas las Universidades Públicas, logrando a su vez -como dijo el representante del Gobierno de la Nación- el aseguramiento de la «participación efectiva de todos los sectores afectados» de la Universidad, como obligación que es (otorgar dicha garantía) de los poderes públicos, según queda establecido en el art. 27.5 CE⁽²³⁴⁾.

Por último, y ante la impugnación del art. 26.2 de la LRU⁽²³⁵⁾, en el que "se establece un criterio relativo a la programación general de la enseñanza universitaria aplicable a todos los poderes públicos, incluidas por tanto las Comunidades Autónomas", no se puede considerar, según este Tribunal, inconstitucional ni improcedente, pues el Estado, por medio de la presente Ley Orgánica, no hace más que hacer efectivo el desarrollo, al que está obligado, de lo preceptua-

(233) Vid. supra nota nº 229.

(234) Vid. supra nota nº 226; Fundamento Jurídico 9 b); pág. 235.

(235) Art. 26.2 de la LRU; "El acceso a los centros universitarios y a sus diversos ciclos de enseñanza estará condicionado por la capacidad de aquéllos, que será determinada por las distintas Universidades, con arreglo a módulos objetivos establecidos por el Consejo de Universidades. En todo caso, los poderes públicos desarrollarán en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria, una política de inversiones tendente a adecuar dicha capacidad a la demanda social, teniendo en cuenta el gasto público disponible, la planificación de las necesidades y la compensación de los desequilibrios territoriales".

do en el quinto apartado del art. 27 CE. Además, en el artículo que se cuestiona, sólo se están dando unos principios generales que, aunque teóricamente aplicables, requieren de posterior normativa que los concrete. Problema distinto será a quién pertoque el dictado de esa ulterior normativa, pero eso no es temática de actual tratamiento, pues lo veremos, más adelante y mucho mejor mejor ubicado⁽²³⁶⁾.

Y, de momento, así dejamos esta Sentencia, que no declaró inconstitucionales ninguno de los artículos a que hemos hecho aludido en este apartado.

D, STC 187/1991 de 3 de octubre.

Ya fue objeto de comentario esta Sentencia⁽²³⁷⁾ en el epígrafe que trató sobre el art. 27.3 CE, pero ahora la retomaremos, aunque sea muy brevemente, para hacer acerca de ella alguna concreción; recordemos que se planteó en el marco de un recurso de amparo interpuesto por la Universidad Autónoma de Madrid, contra una Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1988⁽²³⁸⁾, en la que se daba la razón al Arzobispado de Madrid-Alcalá, que solicitaba la inclusión de

(236) Vid. supra nota nº 226; Fundamento Jurídico 10; pág. 236.

(237) Vid. supra nota nº 186.

(238) Vid. supra nota nº 187.

la asignatura optativa «Doctrina y Moral Católicas y su Pedagogía» en los planes de estudios de la Escuela Universitaria de Profesores de Educación General Básica Santa María. El Ministerio Fiscal apoya la postura del Arzobispado, al intentar que se deniegue el amparo solicitado.

Mientras que la Universidad Autónoma de Madrid ataca la imposición de la asignatura, por considerar que vulnera la autonomía universitaria (como ya dijimos, la veremos respecto del art. 27.10 CE), que incorpora el derecho a establecer los propios planes de estudios, en los que "se señalarán las materias que, para la obtención de cada título, han de ser cursadas obligatoria y optativamente"⁽²³⁹⁾, el Ministerio Fiscal sostiene que hay que rechazar de plano la afirmación, pues opina que la autonomía universitaria en nada impide la adición de una asignatura optativa en los planes de estudio, por parte del Estado. El derecho predicado en el art. 27.10 CE "no supone (...) la absoluta libertad para la ordenación de los estudios y, por ello, la imposición por una ley de una asignatura no atenta a la misma -a la autonomía universitaria-"⁽²⁴⁰⁾. Por su parte, el Arzobispado de Madrid-Alcalá se opone a los argumentos esgrimidos en el recurso, sin pronun-

(239) Vid. supra nota nº 186; Antecedente 3; pág. 44.

(240) Vid. supra nota nº 186; Antecedente 8; pág. 44.

ciarse, en concreto, acerca del tema de la planificación que ahora abordamos⁽²⁴¹⁾.

A todo esto, el Alto Tribunal responde que el derecho a la autonomía universitaria, concretado en el art. 3.2 f) de la LRU⁽²⁴²⁾ en su aspecto de potestad de las Universidades de elaborar y aprobar sus planes de estudios e investigación, no se puede interpretar de forma aislada del resto de la Norma Fundamental y de la propia LRU. Del dictado del art. 27.5 CE se desprende que la programación general de la enseñanza corresponde a los poderes públicos, y por el art. 1.1 de la LRU⁽²⁴³⁾ sabemos que la Universidad es un servicio público, cuya prestación afecta a los intereses generales de toda la sociedad en su conjunto -y no solamente a los sectores directamente implicados-. De ahí que el Tribunal Constitucional llegue a la conclusión de que, dadas las características del servicio público que desempeña, se necesitan "instancias coordinadoras", motivo por el cual la propia Constitución ha excluido de la posible competencia exclusiva autonómica, pre-

(241) Vid. supra nota nº 186; Antecedente 9; págs. 44 y 45.

(242) Art. 3.2 f) de la LRU: "2. En los términos de la presente Ley, la autonomía de las Universidades comprende:

(...)

f) La elaboración y aprobación de planes de estudio e investigación".

(243) Art. 1.1 de la LRU: "El servicio público de la educación superior corresponde a la Universidad que lo realiza mediante la docencia, el estudio y la investigación".

cisamente el punto que estamos tratando, es decir, "la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales", en virtud de la cual se puede exigir la inclusión de determinada asignatura optativa en los planes de estudios⁽²⁴⁴⁾.

Y lo que nosotros podemos leer entre las líneas de estas afirmaciones es que el hecho de que el Estado ostente la facultad de fijar las "condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales" viene a resultar, en la práctica, perfectamente equiparable a la facultad de aprobación de la programación general de la enseñanza que aquí estamos discutiendo: es evidente que si para obtener determinada acreditación oficial se impone, a modo de requisito mínimo, haber cursado y aprobado con el grado de suficiente ciertas materias -cuyo contenido queda igualmente prefijado por el Estado- sin las que no se expedirá el título oficial correspondiente, ello no puede significar otra cosa que la posibilidad de afirmar que, aunque el art. 27.5 CE tenga por sujeto a «los poderes públicos», de forma genérica y sin especificar cuáles de ellos, en realidad viene a ser lo mismo que si allí estuviese la expresión «el Estado».

(244) Vid. *supra* nota nº 186; Fundamento Jurídico 3; pág. 47.

Concluye de este modo nuestro análisis acerca de esta Sentencia y, a su propia vez, la de la totalidad del quinto apartado del art. 27 CE.

7. LA LIBERTAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES A INICIATIVA PRIVADA (ART. 27.6 CE).

Entramos en un nuevo apartado, quizá uno de los más trascendentales de este artículo, y de los que más problemas de acotación puede conllevar pues, más allá de su posible interpretación estrictamente jurídica, se ha convertido en una cuestión política -y por ello polémica-. El precepto que analizaremos en adelante, dice así:

Art. 27.6 CE: "Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales".

Hay que hacer una advertencia previa: es muy difícil comprender el auténtico alcance del derecho de creación de centros docentes si no se pone en conexión con el apartado que trató sobre el art. 27.1 CE y, en concreto, con el que analizó la libertad de enseñanza en sí, pues el presente epígrafe no deja de ser una de las vertientes en las que aquélla se desdobra, es decir, la libertad de enseñanza de quien quiera ser titular de una escuela (o Universidad). Por esa razón, tendremos que remitirnos constantemente al segundo apartado de este capítulo, así como -en ocasiones- al cuarto, que es el que trató el contenido del art. 27.3 CE (el derecho de

elección de los padres del tipo de formación religiosa o moral que desean para sus hijos), pues está íntimamente ligado tanto con el propio derecho de creación -visto desde la perspectiva de otro de los sujetos de la relación escolar-, como con su vertiente de derecho de establecimiento de un ideario educativo concreto (de nuevo interconectado con el art. 27.1 CE). Y todo ello sin perjuicio de que nos veamos obligados, en otros casos, a relacionar los comentarios con otros puntos del propio art. 27 CE, o con distintas normas de nuestro amplio ordenamiento jurídico. Como se ve, todos los conceptos están vinculados entre sí, porque son un círculo inescindible: son, metafóricamente hablando, las distintas caras del paralelepípedo que es la libertad de enseñanza; cada una de esas caras representa la óptica desde la cual uno de los sujetos de la relación escolar viven una idéntica realidad.

A. STC 5/1981 de 13 de febrero.

Una vez más, comentaremos esta Sentencia⁽²⁴⁵⁾, que valoró el recurso de inconstitucionalidad presentado por sesenta y cuatro Senadores Socialistas, comisionados por D. Tomás de la Quadra Salcedo, contra diversos artículos de la Ley Orgánica 5/1980 de 19 de junio⁽²⁴⁶⁾ por la que se regula el Estatuto de

(245) Vid. supra nota nº 72.

(246) Vid. supra nota nº 74.

Centros Escolares (en adelante LOECE). Hay que reconocer que se dijeron bastantes cosas acerca de nuestro apartado, lo que se verá reflejado en la extensión de esta exposición.

En el Motivo Primero de la impugnación se atacaba por los recurrentes socialistas, entre otras cosas, la LOECE por no establecer límites al derecho de los propietarios de los centros a imponer un ideario educativo en el mismo, quedando de este modo supervalorado dicho derecho, en detrimento de otros aspectos de la libertad de enseñanza, como es la libertad de cátedra, o la libertad ideológica, tanto de los padres, como de los alumnos. Les daba la impresión de que el Reglamento de régimen interior del centro sería el que determinase, en la realidad, las auténticas cotas en las que se moverían en el futuro cada uno de esos derechos.

En segundo lugar, al analizar los recurrentes el derecho de creación de centros docentes, opinan que su reconocimiento sólo significa que el Estado debe permitir esta actividad por parte de los particulares, y que éstos tienen la facultad de imponer en su institución de enseñanza los aspectos educativos -diversos de la propia transmisión de conocimientos- que consideren oportunos: pero eso sólo se puede concretar por medio del establecimiento de determinada orientación moral o religiosa, que constituirá el llamado «carácter propio». A él debe circunscribirse exclusivamente el ideario, a entender de

los demandantes, sin que quepa la posibilidad de introducir -además- "otros aspectos de carácter didáctico, cultural o pedagógico, que son manifestación del poder del titular del centro, pero que ya no condicionan la libertad de enseñanza de los profesores" (247).

A todo esto contesta el Abogado del Estado (248) que "la constitucionalidad del derecho a establecer el ideario educativo del centro viene garantizada y reconocida por la remisión explícita a los principios constitucionales". Es una afirmación tan rotunda que no deja lugar a dudas sobre su posicionamiento, y que no merece, por su parte, una ulterior explicación.

La opinión derramada por el Tribunal Constitucional sobre el Motivo Primero de la impugnación, comienza (249) por recordar que la genérica libertad de enseñanza implica «per se», necesariamente, el derecho de crear instituciones educativas establecido en el art. 27.6 CE. Pero, aunque este derecho incorpore -por propia esencia- la facultad de crear institutos docentes en general (sean de enseñanzas regladas o

(247) Vid. supra nota nº 72; Antecedente 3; pág. 30.

(248) Vid. supra nota nº 72; Antecedente 12; pág. 31.

(249) Vid. supra nota nº 72; Fundamento Jurídico 7; pág. 33.

no), "la continuidad y sistematicidad de la acción educativa justifica y explica que la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza haya de moverse en todos los casos dentro de los límites más estrechos de la libertad de expresión". Dado que esta última, según el art. 20.4 CE⁽²⁵⁰⁾ queda acotada por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la protección a la juventud y la infancia, concluye el Alto Tribunal que el derecho de creación de centros posee las mismas cortapisas, además de las que específicamente le impone, en razón de ser materia educativa, el art. 27.2 CE de respeto a los principios democráticos de convivencia, plasmados en el Título Preliminar de la Norma Suprema (libertad, igualdad, pluralismo, unidad de España, etc.). Y todo ello no sólo limita el derecho de fundación docente, sino que debe inspirarlo de forma positiva.

Si, además de cumplir con lo anterior a nivel general, le añadimos otro dato concreto, que sería el hecho de que los titulares hayan ejercido su derecho en el ámbito de enseñanzas regladas, hallaremos una nueva acotación al precepto, que es la obligación de acomodarse a los requisitos, materias y sistemas pedagógicos fijados por el Estado para cada grado de la enseñanza.

(250) Vid. *supra* nota nº 99.

Cambiando de aspecto -aunque dentro del mismo tema-, el Tribunal Constitucional⁽²⁵¹⁾ comienza a examinar el art. 34 de la LOBCE que, por cierto, fue declarado inconstitucional en varios de sus apartados⁽²⁵²⁾, en el que se reconoce a los ti-

(251) Vid. supra nota nº 72; Fundamento Jurídico 8; pág. 33.

(252) Art. 34 de la LOECE: "1. Se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. Asimismo podrán contratar el personal del centro y ejercitar los derechos y deberes dimanantes de esas relaciones contractuales con el personal, asumir la gestión económica del centro y la responsabilidad del funcionamiento del mismo ante la Administración, padres de alumnos, profesorado y personal no docente.

2. Cada centro deberá elaborar su propio estatuto o reglamento de régimen interior en el que establecerá la intervención de los profesores, de los padres de los alumnos, del personal no docente y, en su caso, de los alumnos, en el control y gestión de los correspondientes órganos de gobierno, dejando siempre a salvo lo dispuesto en el apartado anterior.

3. El estatuto o reglamento de régimen interior de cada centro incluirá, en todo caso, los siguientes órganos de gobierno:

a) Director, con la titulación académica adecuada y, en su caso otros órganos unipersonales de gobierno.

b) Consejo del centro, como órgano supremo de participación en el que estarán representados junto con la titularidad y los órganos unipersonales de gobierno, los profesores, los padres de los alumnos, el personal no docente y, en su caso, los alumnos.

c) Claustro de profesores, integrado por la totalidad de los profesores del centro, con la función de participar en la acción educativa y evaluadora del mismo.

d) En los centros o niveles sostenidos con fondos estatales o de otras entidades públicas, una Junta Económica en la que estarán representados, además de la titularidad del centro, los profesores, los padres de los alumnos y, en su caso, los alumnos, con la misión de intervenir en el control y gestión económica del centro.

4. Los padres y profesores en el Consejo del centro y en la Junta Económica tendrán el mismo número de representantes, y supondrán en conjunto, al menos, la mitad de sus miembros".

De este artículo se declararon inconstitucionales el apartado 2 y el 3 b) y d); los apartados 2 y 3 b), sólo en cuanto se refieren a centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, y no a los privados no sostenidos estatalmente (para los que sí son aplicables y adecuadas a la Constitución las disposiciones de estos epígrafes).

tulares de centros privados el derecho a establecer en ellos un ideario educativo propio (siempre que respeten los principios y declaraciones de la Norma Superior). Afirma que el derecho de fundación docente no hallaría ninguna razón para estar expresamente reconocido en la Constitución si esto no fuese así, por cuanto que sería una mera expresión de la libertad de empresa (del art. 38 CE⁽²⁵³⁾), sólo que circunscrita al ámbito educativo; el derecho de creación de instituciones docentes es algo más que eso, pues la posibilidad de dotar al centro con un «carácter propio» es la especificidad que justifica su configuración autónoma.

La acotación de este derecho, realizada en párrafos precedentes, o mejor, la propia existencia de los estrechos límites en los que se puede desarrollar, hace necesario que el establecimiento del ideario educativo por parte del titular (en virtud de su facultad derivada del derecho de creación) deba estar sometido a una autorización reglada que compruebe si el mismo se encuentra dentro de aquéllos. De ahí que el art. 33 de la LOECE⁽²⁵⁴⁾ someta la apertura de los centros

(253) Art. 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

(254) Art. 33 de la LOECE: "La apertura y funcionamiento de los centros docentes privados se someterán al principio de la previa autorización, la cual se concederá siempre que reúnan las condiciones mínimas que se establezcan con carácter general, de acuerdo con lo estable-

privados a una previa autorización administrativa, dentro de la que se valorará el extremo comentado, puesto que "el establecimiento del ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación".

Tal como comentamos ya, cuando analizábamos el art. 27.3 CE, sostiene el Alto Tribunal que el ideario propio del centro no tiene por qué circunscribirse -como sustentaron los recurrentes- a la determinación de una concreta opción religiosa o moral, pues ésta es, solamente, una de sus posibles facetas: y eso se demuestra por el hecho de que, tanto el derecho de elección de centro docente como el derecho de elección de la formación religiosa o moral que se desea para los hijos, son derechos autónomos (aunque, evidentemente, en la práctica, al hacer efectivo uno, se ejercite también el otro); tampoco se puede decir que en el derecho a establecer un ideario educativo tenga cabida todo lo que se le antoje al titular del centro, pues -como hemos visto- sus limitaciones se hallan en el necesario encuadre dentro de los principios constitucionales, en el respeto a los derechos fundamentales, en el servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las finalidades establecidas tanto en el art. 27.2 CE como en el art. 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

cido en el art. 12, singularmente en cuanto a instalaciones, profesorado y sistemas de enseñanza. La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir esas condiciones".

Sociales y Culturales⁽²⁵⁵⁾; asimismo, si se imparten enseñanzas regladas, se exigirá el respeto a los mínimos establecidos por los poderes públicos (en cuanto a contenidos materiales, horas lectivas, etc.). Dentro de estas cotas, el ideario educativo se puede extender a todos los aspectos de las actividades (docentes o extradocentes) realizadas en el centro. Un artículo -como el 34 de la LOECE- que, aunque no fije de forma expresa todas estas precisiones, se remita para encuadrar el ideario educativo al "respeto a los principios y declaraciones de la Constitución", a pesar de ser una afirmación genérica, no puede ser declarado inconstitucional -por lo menos por este motivo-, pues dicha remisión es más que suficiente para lograr una correcta delimitación del concepto.

Finalmente, comenta el Tribunal Constitucional, en contestación al Motivo Primero de la demanda, las posibles colisiones entre el derecho que ostenta el titular a establecer un ideario educativo y el respeto que a éste le deberá el profesor, en detrimento de su propia libertad de cátedra; pero como esto lo tratamos en profundidad al estudiar el art. 27.1 CE -en cuanto a la libertad de enseñanza-, dado que consideramos que allí quedaba mejor ubicado, al segundo apartado de este capítulo nos remitimos, para evitar así inne-

(255) Vid. *supra* nota nº 154.

cesarias reiteraciones.

El art. 27.6 CE también fue tocado en el Voto Particular interpuesto, contra la resolución del Motivo Primero, por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas.

Según ellos⁽²⁵⁶⁾, la libertad de creación de centros docentes es una de las más importantes concreciones de la libertad de enseñanza -como ya referimos al realizar el apartado sobre ésta-, siendo una de sus manifestaciones primarias. Reconocerlo así significa, por un lado, la imposible existencia de un monopolio estatal en materia de enseñanza, y por el otro, la necesidad de que se dé un "pluralismo educativo institucionalizado". Es una forma de garantizar que ni el Estado ni determinado grupo ideológico van a dominar en su totalidad la educación de la juventud, y además, está otorgando a los padres un derecho que les es consustancial: el de la formación del espíritu de sus hijos.

Continúan diciendo⁽²⁵⁷⁾ que, el hecho de que en nuestro

(256) Vid. *supra* nota nº 72; Voto Particular, punto 4; pág. 42.

(257) Vid. *supra* nota nº 72; Voto Particular, punto 6; pág. 43.

sistema educativo existan tanto centros públicos como privados, sólo significa que han sido creado por distintos tipos de iniciativas, pero nada más que eso, pues la tendencia de ambos está dirigida hacia el mismo lugar: la satisfacción de los derechos fundamentales y la consecución de unos idénticos fines educativos marcados por la Norma Suprema. De ahí que no se pueda sostener que la escuela privada es un coto de libertad absoluta para sus titulares frente al Estado, pues tiene muchas zonas comunes con la escuela creada por los poderes públicos.

Entran entonces a tratar el problema del ideario educativo⁽²⁵⁸⁾, afirmando que no es posible analizarlo verdaderamente a fondo, en tanto en cuanto no se determine su concepto con exactitud; tras unas breves citas de la terminología empleada para ello en el Derecho Comparado, resuelven que "el «ideario» de un centro hace referencia a su carácter propio, pero no a cualquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es la expresión del carácter ideológico propio de un centro". Es evidente que van en contra de lo que en este extremo dictaminó el Tribunal Constitucional, a lo que nosotros nos adherimos, pues no consideramos que el ideario deba quedar circunscrito

(258) Vid. supra nota nº 72; Voto Particular, punto 7; págs. 43 y 44.

meramente -como afirman los disidentes- a la formación religiosa o moral que se ofrezca en el centro⁽²⁵⁹⁾. Según su parecer, el ideario vendría a ser una especie de sistema publicitario acerca de la opción religiosa o moral que ofrecerá el centro, para que los padres puedan escoger el que desean para sus hijos con pleno conocimiento de causa; en su esfera positiva significa, para ellos, que sólo se impartirá en la escuela una determinada formación religiosa o moral, con exclusión de cualquier otra; y en su esfera negativa, se erige en una limitación de la libertad de enseñanza de los profesores (o libertad de cátedra).

Comprendiendo sólo -según ellos- la opción religiosa o moral, el resultado es que el ideario influye más en el terreno educativo (entendido como formación ideológica, filosófica o religiosa) que propiamente en el de la enseñanza, pues éste se ve sometido, por un lado, a la libertad de cátedra y, por el otro, a la planificación estatal de carácter reglado.

"La formulación del ideario debe ser pública, sintética e inequívoca, para que pueda ser conocida y comprendida por los padres de los alumnos y por cualquier otra persona eventual-

(259) Para ver este punto con mayor extensión, nos remitimos al art. 27,3 CE, estudiado en el apartado cuarto de este capítulo.

mente interesada". Dicen estos Magistrados disidentes que la fijación del «carácter propio» pasa a formar parte objetiva del centro en cuestión, por lo que no sería posible una arbitraria alteración por parte del titular: eso supondría un fraude a la confianza depositada por los padres en la institución, pues si han escogido ése, y no otro centro, es en base a unas características concretas que han hallado allí; modificándose el ideario, e inculcándose una educación a los alumnos distinta a la elegida, se está engañando a los progenitores. Igualmente, se defraudaría al profesor por medio de esa alteración arbitraria, puesto que él ha suscrito un contrato con una escuela determinada, en la que estaba, en aquél momento, objetivamente fijado el ideario, y es posible que no le parezca indistinto continuar con un «carácter propio» diferente. Resuelven finalmente que, si hay que realizar algún cambio o interpretación del ideario educativo, será necesario que en él intervengan todos los sujetos que componen la relación escolar (padres, profesores y, en su caso, alumnos) para, junto al titular, hacer evolucionar la ideología que este último, de forma libre, le impuso inicialmente⁽²⁶⁰⁾.

Quieren precisar⁽²⁶¹⁾ que el derecho de imposición de un

(260) Vid. *supra* nota nº 72; Voto Particular, punto 8; pág. 44.

(261) Vid. *supra* nota nº 72; Voto Particular, punto 9; pág. 44.

ideario educativo por parte de sus titulares es precisamente eso: un derecho; lo que significa que no es necesario que todos los centros privados lo tengan, pues es perfectamente posible crear un centro docente ideológicamente neutral; es más, en ese caso, incluso se vería incrementada la libertad de cátedra de los enseñantes.

Aunque ya lo mencionamos en torno al art.27.3 CE, reiteramos aquí que, los Magistrados que realizaron este Voto Particular, creen que sería atentatorio contra la Norma Superior el hecho de que los titulares de los centros, en uso de un supuesto derecho de imposición del ideario mucho más amplio de lo real, pretendiesen de todos los profesores una adhesión explícita a sus valores ideológicos, previa a la contratación: ello es inconcebible, en virtud del art. 16.1 y 2 CE⁽²⁶²⁾, que garantiza la libertad ideológica del individuo⁽²⁶³⁾.

Y para terminar⁽²⁶⁴⁾, el Voto Particular plantea una hi-

(262) Art. 16.1 y 2 CE: "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

(263) Vid. supra nota nº 72; Voto Particular, punto 17; pág. 47.

(264) Vid. supra nota nº 72; Voto Particular, punto 22; pág. 48.

pótesis: si, en determinado momento, una zona se viese monopolizada por centros docentes privados de idéntica ideología, financiados por fondos públicos, y resultase haber padres que no comulgasen con aquélla, por una vez, el titular vería truncado su derecho a establecer el ideario educativo propio, pues éste tendría -necesariamente- que ceder ante el derecho de los padres a elegir la formación religiosa o moral deseada para sus hijos del art. 27.3 CE. No podemos estar, en absoluto, de acuerdo con éstas afirmaciones, pues la incompetencia de los poderes públicos no debe verse cubierta por la disminución de los derechos de los particulares: en este supuesto, lo que habría que hacer es instar al Estado a que cumpla con sus obligaciones, es decir, con el servicio público de la enseñanza, y que lo haga a partir de los centros por él mismo creados (tal como, por otra parte, le impone el art. 27.5 CE).

Dejamos ya esta Sentencia del Tribunal Constitucional, que volveremos a tomar en el próximo apartado, para dar así paso a otras varias que todavía nos restan por analizar.

B. STC 19/1983 de 14 de marzo.

Es esta una Sentencia⁽²⁶⁵⁾ que nada tiene que ver con la

(265) STC 19/1983 de 14 de marzo. BJC nº 24; pág. 364 y ss. Ponente:

materia de enseñanza, por lo que no vamos a exponer, ni siquiera, la problemática que en ella se plantea, pero a la que nos queremos referir porque nos va a dar un dato más sobre el art. 27.6 CE.

Se discute en cierto momento⁽²⁶⁶⁾ si las personas jurídicas, como tales, son sujetos susceptibles de reclamar el derecho a la tutela efectiva de los Tribunales; el recurrente considera que sólo pueden ser titulares de derechos fundamentales los ciudadanos, y para ello se basa en la propia expresión utilizada en el art. 53.2 CE⁽²⁶⁷⁾, mientras que el Tribunal Constitucional entiende que dicha afirmación no es correcta; apoya su razonamiento en la pura y simple lectura de los arts. 14 a 29 de la Norma Superior, de la que claramente se deduce que en ciertas ocasiones la titularidad del derecho fundamental la ostentan personas no calificables como «ciudadanos» (esto ocurre, entre otros casos que cita, con el art. 27.6 CE, puesto que es una libertad reconocida tanto a las personas físicas como a las jurídicas), mientras

Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer. (B.O.E. de 12 de abril de 1983).

(266) Vid. supra nota nº 265; Fundamento Jurídico 2; pág. 368.

(267) Art. 53,2 CE: "2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

que en otros supuestos se tratará de derechos estrictamente individuales (sólo reconocibles a las personas físicas o -ahora sí- ciudadanos), tal como ocurre con el derecho a la libertad personal, plasmado en el art. 17 CE.

Resuelve que al hablar de «tutela efectiva de los Tribunales», así como de «recurso de amparo», hemos de referirlo a las personas físicas y/o jurídicas, dependiendo, eso sí, del derecho de que se trate en cada ocasión. A los efectos que a nosotros nos interesan, hemos de decir que para recabar el derecho de creación de centros docentes -o acusar su vulneración- reconocido en el art. 27.6 CE, se podrá hacer tanto por parte de las personas físicas como de las personas jurídicas, y ya sea ante los Tribunales ordinarios, o sea ante el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo, según el caso.

Lo demás expresado en esta Sentencia no es de aplicación a este trabajo, por lo que aquí finalizamos el comentario acerca de ella.

C. STC 47/1985 de 27 de marzo.

Esta es otra nueva Sentencia⁽²⁶⁸⁾, no analizada hasta ahora

(268) STC 47/1985 de 27 de marzo. BJC nº 48; págs. 448 y ss. Ponente:

ra, en la que en la que se trata nuestro tema por derivación de otro diverso: lo que aquí se plantea es un recurso de amparo por parte de una Profesora de Educación General Básica, que ha sido despedida del Colegio Lestonnac, perteneciente a la Compañía de María Nuestra Señora, por conflictos entre ella y el ideario educativo del centro. En la Sentencia de la Magistratura de Trabajo⁽²⁶⁹⁾, y tras un mero análisis formal de la carta de despido, se declaró el «despido nulo», ya que los términos de aquélla se consideraron tan ambiguos e inconcretos que producían indefensión⁽²⁷⁰⁾, condenándose de este modo al colegio a readmitir a la Profesora; no satisfecha con eso, ella interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Central de Trabajo (se intentaba la "ampliación de hechos nuevos, por error de hecho en la apreciación de la prueba, por infracción de la doctrina constitucional") que, por Sentencia de 27 de septiembre, lo desestima, confirmando

Magistrado don Francisco Tomás y Valiente. (B.O.E. de 19 de abril de 1985).

(269) Sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 4 de Barcelona, de 29 de septiembre de 1982; autos nº 1751/1982.

(270) La carta de despido decía textualmente: "Muy señora nuestra: Lamentamos tener que notificarle que a partir de la recepción de la presente carta queda rescindida su relación laboral y, en consecuencia, puede Vd. considerarse despedida. Los motivos que justifican esta grave decisión son los que a continuación le exponemos: a) Por su disconformidad con las normas de la Dirección del Centro, creando con ello fricciones que deterioran los criterios que presiden la enseñanza en esta institución; b) Por desarrollar Vd. su actividad profesional en forma que no se ajusta al ideario que rige nuestro Centro y que velando por el mismo hemos de cumplir todos y hacer cumplir. Tiene a su disposición en nuestra oficina la correspondiente liquidación de partes proporcionales y vacaciones. Sin más por el momento le saluda atentamente..."

en su totalidad la sentencia impugnada. La demandante, entonces, lo intenta con el recurso de amparo, acusando que se ha vulnerado su derecho a la tutela efectiva, al no contestar las Sentencias a todo lo motivado por ella (en violación del art. 24 CE) y, subsidiariamente, por la contravención del art. 14 CE, pues se considera "discriminada en razón de sus principios ideológicos o creencias íntimas «al ser despedida de la empresa en que prestaba sus servicios por este motivo, ajeno a cualquier cuestión laboral»" (271).

Es fácil preguntarse por qué, si se le dio la razón desde el principio, continuó recurriendo hasta las últimas instancias. La respuesta radica en un pequeño, pero trascendental, matiz: al declararse el despido meramente como «nulo», que es lo que sucede en el presente caso, la consecuencia de la ejecución de la sentencia será la obligación de readmisión del trabajador por parte de la empresa, con la salvedad hecha de que el empresario tiene la facultad de suplir esa readmisión con una indemnización; si, en cambio, se hubiese declarado el despido «nulo, pero con nulidad radical», sus consecuencias solamente podrían haber sido la readmisión, sin posibilidades indemnizatorias sustitutorias. El problema está en que, en el supuesto que estamos tratando, la nulidad se determinó en función de los defectos formales de la carta de

(271) Vid. supra nota nº 268; Antecedentes 1 y 2; Págs. 450 y 451.

despido, con lo que ya ni se entró en el fondo del conflicto, del que se hubiese tenido que dilucidar si había, o no, discriminación por razones ideológicas (y atentatoria por ello contra los derechos fundamentales), que conlleva, en todo caso, la inmediata determinación del despido como nulo, pero con nulidad radical, o si, por el contrario, se halla dentro del ámbito de poder del titular del centro escolar (basado en el art. 27.6 CE) la facultad de despedir a sus profesores por motivos de choque con el ideario educativo establecido. El asunto no es baladí, pues las consecuencias a que nos puede llevar son harto trascendentales: del resultado de esta Sentencia se espera la solución del tema de las limitaciones del poder del titular, en cuanto al ideario del centro, frente a la libertad de cátedra y de conciencia del profesor; asimismo, nos llevará a saber si en la práctica es posible despedir a un profesor por cuestiones ideológicas que colisionen con el «carácter propio», o si se estará eternamente obligado a readmitirlo. Y esto último es lo que perseguía la demandante: de la calificación de despido nulo, seguramente, sólo obtendría una indemnización, pero, en cambio, si se consideraba que el despido había sido radicalmente nulo, se lograría la satisfacción (ya sea a nivel moral, ya sea a nivel de seguridad económico-laboral) de poder obligar al centro a readmitirla, a pesar de su ideología divergente respecto de la señalada en el ideario educativo de aquél.

Dejando de lado otras cuestiones, importantes para la resolución de la Sentencia, pero inconexas con nuestro tema, trataremos de analizar sólo lo que se refiera al art. 27.6 CE, aunque en ocasiones pueda parecer que queda desenlazado entre sí, o incluso fuera de contexto.

La recurrente alega que en la misma Sentencia que está recurriendo en amparo, se ha reconocido no que no se ha probado en autos "que el motivo del despido sea la no catolicidad de la actora", sino que la propia profesora reconoce que todo derivó de un reconocimiento en privado hecho ante la Dirección de la escuela; no habiendo la Empresa podido probar estos extremos, y a la vista de los términos de la carta de despido, significa que se está atentando contra la libertad ideológica, de forma discriminatoria, de la demandante⁽²⁷²⁾.

La representación de la Compañía de María Nuestra Señora sustenta que en el hecho de despedir a alguien de una escuela privada, porque contradiga el ideario del centro, no hay discriminación alguna -es un derecho del titular-. "De otro modo bastaría con que cualquier trabajador alegase discriminación para tener la parte Patronal que demostrar la no existencia de la misma, con las dificultades inherentes a

(272) Vid. supra nota nº 268; Antecedente 4; pág. 451.

la prueba de todo hecho negativo".

El Ministerio Fiscal da la razón al Colegio Lestonnac, apoyándose en lo dictaminado por la STC 5/1981 de 13 de febrero (sobre la LOECE): "estima que los motivos de despido aducidos en la carta de la Empresa son adecuados, porque las creencias no católicas de la despedida creaban «fricciones» y se exteriorizaban en una «actividad» no ajustada al ideario del centro".

Por último, el Abogado del Estado dice que si el empresario fundó el despido en el "desajuste entre la actividad docente del despido y el ideario del centro", al quedar con ello afectadas las limitaciones entre el derecho del art. 27.6 CE y el de la libertad de cátedra o libertad ideológica de los profesores, debió asumir la carga de la prueba de lo que estaba afirmando. No basta con aducir determinadas razones: hay que probarlas, pues si no se podrán considerar discriminatorias. El hecho de que el despido fuera nulo por defecto de forma, no debió ser óbice para que el Magistrado determinase si, además, era nulo "in radice" por ser discriminatorio (al atentar contra un derecho fundamental); de no ser así, estaríamos logrando una vía de despidos ilegales de los profesores por medio de una mera indemnización (sería una nueva puerta falsa de despido remunerado a voluntad del empresario).

Entrando ya en lo afirmado por el Tribunal Constitucional, se sitúa la pretensión de la recurrente en la solicitud de amparo en virtud de una vulneración del art. 16 CE -que reconoce la libertad ideológica-, pues, según ella, ha sido despedida por causa de "sus principios ideológicos o creencias íntimas", lo cual -a su modo de ver- conculca los principios establecidos en la Norma Superior⁽²⁷³⁾. En la otra cara de la moneda hallamos que el valor referencial de la Empresa es el ideario educativo, que es lo que parece haber sido puesto en peligro, lo que nos vuelve a corroborar que el conflicto se plantea en el terreno ideológico⁽²⁷⁴⁾.

Así encuadrado el problema, el Alto Tribunal recuerda su ya expuesta doctrina acerca del ideario, a propósito de la LOECE (en la STC 5/1985 de 13 de febrero), donde se dijo ya que «la libertad del profesor no faculta, por tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra este ideario»; pero aunque exista un deber de respeto del profesor al «carácter propio», tampoco se puede afirmar que el derecho a establecer un ideario sea ilimitado para el titular (como ya vimos cuando tratamos la citada Sentencia del Tribunal Constitucional): "una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima

(273) Vid. supra nota nº 268; Fundamento Jurídico 1; pág. 453.

(274) Vid. supra nota nº 268; Fundamento Jurídico 2; pág. 454.

de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de «ataque abierto o solapado» al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa del despido, esto es, por el empresario. Pero el respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el artículo 16 implica, asimismo, que la simple disconformidad de un Profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del Centro" (275). En esta cita está resumido todo el asunto, representando -a nuestro entender- la más importante aportación del Tribunal Constitucional a la correcta interpretación del art. 27.6 CE.

Hurgando todavía más en el tema, el Alto Tribunal dice que para que un despido por cuestiones ideológicas sea lícito, se deben cumplir dos requisitos: el primero es que no sólo exista un mero disenso del profesor respecto del ideario educativo establecido por el titular, sino que se den auténticas fricciones, expresadas por actos concretos que manifiesten actividades contrarias a los principios del centro; y el segundo es que, si el empresario alega que se han dado los anteriores extremos, es decir, el incumplimiento del deber de respeto por parte del profesor (que justifica el des-

(275) Vid. supra nota nº 268; Fundamento Jurídico 3; pág. 454.

pido) los pruebe fehacientemente. No es que se invierta la carga de la prueba, sino que se aplica aquélla máxima jurídica que dice que "quien afirma debe probar". Dichas acusaciones, no pueden ser solamente determinadas de forma genérica, sino que deben regirse por la claridad y la concreción.

Si bien la prueba de los hechos justifica el despido legal -evitando que se considere discriminación por motivos religiosos-, por contra, la falta de prueba de los mismos hará resurgir lo anterior, considerándose entonces como un despido injustificado (y nulo «in radice») por ser discriminatorio y contrario a la libertad ideológica expresada en el art. 16 CE: lo que no quede claramente demostrado no podrá ser invocado como justa causa de despido⁽²⁷⁶⁾.

Por último, hace unas consideraciones que, si bien no entran directamente en nuestro tema, sí que son, cuando menos, curiosas de comentar: al ser este derecho fundamental a la libertad ideológica exigible -en principio- a los poderes públicos, no se podría plantear recurso de amparo si no estuviese involucrado algún representante de aquéllos en su vulneración; dado que el centro docente del que tratamos es privado, no puede considerarse que el sujeto público que bus-

(276) Vid. supra nota nº 268; Fundamento Jurídico 4; pág. 454.

camos esté ahí; pero sí lo hallamos en el Magistrado de Trabajo, que en vez de reconocer a la actora su derecho, lo pasó por alto, entrando sólo a valorar los aspectos meramente formales. Esto es así por el principio del art. 53.2 CE⁽²⁷⁷⁾, que obliga a los Jueces y Tribunales a la tutela de los arts. 14 a 29 y 30.2 CE. Dice este Supremo Intérprete que no fue suficiente con que el Magistrado hallara los mencionados defectos formales: su obligación era ir más allá, y determinar si de verdad hubo discriminación de la recurrente en cuanto a su libertad ideológica, declarando -en caso afirmativo- el despido como nulo, pero esta vez con nulidad radical. El Juez no puede quedarse en "el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad", pues así estará incumpliendo la obligación que le impone el citado art. 53.2 CE. Además, si los Magistrados se limitasen a la vertiente formal, sería muy sencillo para el titular del centro docente encubrir un despido auténticamente discriminatorio (y por ello nulo de raíz) bajo uno meramente nulo (a partir de los defectos formales), evitándose así la obligada readmisión del profesor⁽²⁷⁸⁾.

(277) Vid. supra nota nº 267.

(278) No sería nada difícil hacer a conciencia una carta de despido con defectos de forma que, al implicar sólo un despido nulo, conllevara sencillamente el pago de una indemnización sustitutoria. Vid. supra nota nº 268; Fundamento Jurídico 5; págs. 454 y 455.

"En conclusión -continuó diciendo el Tribunal-: Establecido por el Magistrado que la parte demandada en el juicio por despido no probó los hechos por ella misma alegados en su carta de despido, que hubieran podido, de ser probados como ciertos, justificar un despido planteado como casualmente ideológico, debió amparar a la Profesora en su libertad ideológica (art. 16 CE), considerar el despido como discriminatorio en el sentido del art. 17.1 LET⁽²⁷⁹⁾, como contrario a la citada libertad ideológica de la Profesora, y, en consecuencia, como nulo con nulidad radical, lo que comporta la readmisión con exclusión de indemnización sustitutoria. Al no ser así, la Sentencia del Magistrado de Trabajo, y tras ella la que la confirmó, lesionan el derecho del art. 16.1 CE⁽²⁸⁰⁾ de la demandante y deben ser anuladas".

Lógicamente, se decidió otorgar el amparo, declarando que

(279) La abreviación se refiere a la Ley del 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores (B.O.E. de 14 de marzo de 1980), que en su art. 17.1 dice así: "No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de edad, o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado Español".

(280) Art. 16,1 CE: "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley".

el despido fue nulo con nulidad radical, reconociéndose el derecho de la demandante a la libertad ideológica y a no ser objeto de discriminación por motivos ideológicos; se exigió al Colegio Lestonnac el restablecimiento de la actora en la integridad de su derecho, lo que implicaba su readmisión, y todo ello por no aportar las suficientes pruebas que demostrasen el choque entre la conducta y/o afirmaciones de aquélla con el «carácter propio» del centro docente.

Y terminamos así el comentario de esta Sentencia, que nos ha separado un poco del terreno puramente teórico, para llevarnos al campo de las aplicaciones reales del derecho de creación de centros docentes.

D. STC 77/1985 de 27 de junio.

Volvemos una vez más a esta Sentencia⁽²⁸¹⁾, que fue la que estudió el recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (en adelante Proyecto de la LOE), presentado por cincuenta y tres Diputados del Congreso, y promovido por D. José María Ruiz Gallardón, que, dicho sea de paso, tocó bastante la materia de nuestro art. 27.6 CE, que es uno de los preceptos que más pasiones desata en todos aquéllos

(281) Vid. *supra* nota nº 114.

interlocutores que intentan su interpretación y delimitación.

En el Motivo Segundo de la impugnación⁽²⁸²⁾, los recurrentes atacan el art. 22.2 y la Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de la LODE⁽²⁸³⁾ porque, a su entender, viola el art. 27.6 CE al condicionar la imposición del ideario educativo del centro a una autorización reglada de la Administración, máxime cuando los requisitos a cumplir no quedan expresados en el Proyecto de la LODE, con lo que se está delegando esta potestad; además, no les parece tampoco adecuado que la autorización del ideario sea específica para él, y distinta de la que se ha de conceder al propio acto de creación.

Sostienen que el hecho de someter el ideario a una licencia administrativa reglada supone entender que el establecimiento del «carácter propio» está prohibido en gene-

(282) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 5.b); págs. 795 y 796.

(283) Vid. supra nota nº 122 para el art. 22.2 del Proyecto de la LODE.

Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de la LODE: "1. Los centros docentes privados actualmente autorizados, que en cumplimiento de la legislación anteriormente vigente, hubieren depositado ante la Administración la definición de su carácter propio deberán someter dicha definición a la Administración educativa competente para la autorización reglada prevista en el art. 22.2 de la presente Ley.

2. Si la Administración, en el plazo de tres meses, no hubiese dictado resolución expresa, se considerará otorgada la autorización por silencio positivo. En cualquier caso, el titular deberá comunicar a los miembros de la comunidad educativa la definición del carácter propio del centro".

ral, prohibición que se verá levantada sólo por medio de la autorización; y ésta, lo que valorará es si el ideario se adecúa a unas normas "inexistentes en la LODE y jurídicamente imposibles de dictar reglamentariamente". Si bien consideran factible el sometimiento de un derecho fundamental a una autorización reglada, que compruebe su corrección constitucional, es evidente que las «reglas de ejercicio» del derecho deben estar taxativamente fijadas en la Ley. De no ser así, como no lo es en el Proyecto de la LODE, lo que se está haciendo es "otorgar un poder a diecisiete Administraciones Públicas para que comprueben que un derecho fundamental no está condicionado por otro igualmente fundamental".

Los demandantes critican la segregación entre la «autorización de creación» del centro y la «autorización de ideario» del mismo, así como el que se otorgue a la Administración la posibilidad de revisar los idearios de los centros creados y aprobados antes del presente texto legislativo, atentatoria contra la más básica seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos por los ciudadanos.

Por último, recuerdan que en la STC 5/1981 de 13 de febrero sobre la LOECE ya se fijó el contenido del «carácter propio» (en el Voto Particular se decía que sólo podía comprender los aspectos morales y religiosos), mientras que en

el presente Proyecto de Ley se están invirtiendo los aspectos limitativos que derivan de la interrelación entre el ideario y los derechos de los Profesores, padres y alumnos.

El Abogado del Estado contesta a todos estos argumentos⁽²⁸⁴⁾, apelando a que, ni en la LOECE el derecho a establecer un ideario educativo era ilimitado, ni se da todo lo contrario en el Proyecto de la LODE. Igual que en aquella ley se cedía ante los derechos de otros sujetos de la relación educativa, se limita en ésta, sin olvidarse de esos mismos derechos, que continúan exactamente igual de vigentes. Es más, el representante del Gobierno llega a exponer su sospecha de que la impugnación de la presente Ley, más que una cuestión estrictamente jurídica que valore la adecuación o no de los preceptos a la Constitución, sea una "denuncia genérica del sistema o esquema normativo de la Ley impugnada".

Entrando ya en las críticas de los demandantes al art. 22.2 del Proyecto de la LODE, dice el Abogado del Estado que el mismo se erige en reconocimiento formal de la existencia del derecho a establecer un ideario educativo en los centros privados, así como en garantía de publicidad del mismo, ya que impone la obligación al titular de dar a conocer a todos su contenido y extensión.

(284) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 7 b); págs. 802 y ss.

El hecho impugnado, es decir, el carácter de autorización reglada de la licencia aprobatoria para la imposición del ideario, no supone -a su entender- riesgo alguno de arbitrariedad por parte de la Administración, máxime cuando en defecto de respuesta juega el silencio positivo. Pero es que, aunque supusiese un auténtico viso de arbitrariedad en su aplicación, no por ello sería posible declararlo inconstitucional, ya que el Alto Tribunal está obligado a juzgar normas contrarias a la Suprema, y no eventuales casos futuros de vulneración.

Por último, a colación de la Disposición Transitoria Cuarta del Proyecto de la LODE -que exige la licencia del carácter propio para los centros ya creados pero que no han pasado por este rasero administrativo- dice que su interpretación correcta no es ver en ella la exigencia de una autorización nueva donde antes no era exigible, sino que hay que contemplar el asunto desde la óptica de que se prevé el otorgamiento a todos los centros, que ya funcionan en ese momento con su ideario.

Pasamos así a la visión ofrecida por el Tribunal Constitucional ante estas posturas, aunque parte de las respuestas al Motivo Segundo de la impugnación, por su íntima conexión con la libertad de enseñanza genéricamente

considerada, fueron ya tratadas en el segundo apartado de este capítulo. Allí nos remitimos para la completa exposición del tema.

Acerca del art. 22.2 del Proyecto de la LODE⁽²⁸⁵⁾, en cuanto a la separación de la autorización para la creación del propio centro y la que valore la adecuación del ideario a las reglas establecidas, que a entender de los impugnantes vulneraba el principio de reserva de ley de los derechos fundamentales, por otorgar facultades reguladoras a la Administración, sustenta que ya en la STC 5/1981 de 13 de febrero se aceptó la posibilidad de que el ideario pudiese estar sometido al sistema de autorización reglada, sólo que en este caso, el art. 22.2 del Proyecto de la LODE no especifica que la licencia sólo pueda recaer sobre la adecuación o no de dicho carácter propio a los principios inspiradores de la educación -establecidos constitucionalmente en el art. 27.2 CE- sino que deja notar que también la autorización puede analizar "la forma en que se articula el derecho a establecer ese carácter propio con los derechos de los diversos miembros de la comunidad escolar". Le parece claro que si se ha de estudiar la adaptación entre los distintos derechos implicados no puede tratarse de una licencia absolutamente reglada, sino que, necesariamente, se requiere una actividad delimitadora de

(285) Vid. *supra* nota nº 114; Fundamento Jurídico 10; págs. 815 y 816.

los ámbitos de extensión de cada uno de los derechos fundamentales, actividad que no puede corresponder a la Administración del Estado. Eso, desde luego, no significa que no deban existir medios de publicidad del ideario educativo, para conocimiento tanto de los poderes públicos como de la comunidad educativa.

"En consecuencia de lo anteriormente dicho, la exigencia de esa autorización vulnera el derecho a la libertad de enseñanza y a la libertad de creación de centros docentes (art. 27, núms. 1 y 6 de la CE), en cuanto de dichos preceptos nace el derecho del titular a establecer el carácter propio, sin que pueda admitirse la injerencia de una autorización administrativa, que en realidad encubriría el ejercicio de una función jurisdiccional que no le corresponde, y que sería incompatible con el respeto a dichos derechos fundamentales". Por el mismo motivo, la inadecuación constitucional del art. 22.2 del Proyecto de la LODE arrastra la de la Disposición Transitoria Cuarta, ya que exige idéntica autorización, respecto de sus idearios, a los centros docentes ya creados -y autorizados en el momento de promulgación de la ley- pues entonces cumplían los necesarios trámites administrativos, en aras a la legislación que estuviese vigente.

Por todo lo expuesto, se procedió a la declaración de in-

constitucionalidad del art. 22.2 del Proyecto de la LODE y de la Disposición Transitoria Cuarta del mismo texto legal.

Pasamos así al Motivo Quinto de la impugnación, en el que se recurren toda una serie de artículos⁽²⁸⁶⁾ porque "no respetan el contenido esencial de las facultades directivas del titular"⁽²⁸⁷⁾, dado que "se exige a los titulares, como requisito de las ayudas, la renuncia a su derecho fundamental a dirigir el Centro y desarrollar su proyecto educativo, así como el art. 14 de la CE, en cuanto se establecen discriminaciones infundadas en las materias reguladas por los citados artículos en favor de los titulares de centros públicos". Afirman que, analizando los debates parlamentarios, a los que califican de «debate anticipado de la LODE», queda clara la constitucionalidad del derecho fundamental de las personas físicas y jurídicas a establecer y dirigir los centros docentes que funden. Enlazan esto con el posible conflicto que puede surgir con el derecho del art. 27.7 CE, esto es, el derecho de todos los miembros de la comunidad escolar a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, resolviendo que, en caso de

(286) Los artículos objeto de análisis son: el 57 a), b), d), e), f) y l), el art. 59, el 60, el 62 e) y f), la Disposición Adicional 3ª, y 1ª Disposición Transitoria 3ª.2, todos ellos del Proyecto de la LODE.

(287) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 5 e); págs. 799 a 801.

regularse el derecho de participación, sin garantizar el contenido esencial del de dirección, el precepto en cuestión devendría inconstitucional. Eso significa que, si se coartan facultades al titular, otorgándose las a otro órgano -en este caso se habla del Consejo del Centro-, por mucho que dicho titular ostente teóricamente la dirección, se le está limitando de modo inconstitucional su poder directivo, por hacerlo impracticable o dificultarlo "más allá de lo razonable". Esto se produce, a entender de los demandantes, en diversos artículos del Proyecto de la LODE, que analizan con esmerado detalle a continuación.

Realizan un listado de todas las funciones que, a su modo de ver, corresponden al titular del centro, y que en el Proyecto de la LODE se han atribuido -erróneamente para ellos- de forma total o parcial al Consejo Escolar. Se trata de las siguientes:

a) El nombramiento y cese del Director del Centro ⁽²⁸⁸⁾; no

(288) Art. 57 a) del Proyecto de la LODE: "Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta ley:

a) Intervenir en la designación y cese del director del centro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59,

(...)"

Art. 59 del Proyecto de la LODE: "1. El director de los centros concertados será designado previo acuerdo entre el titular y el consejo escolar, de entre profesores del centro con un año de permanencia en el mismo o tres de docencia en otro centro docente de la misma entidad titular. El acuerdo del consejo escolar del centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros.

sólo se otorga la facultad al Consejo Escolar, sino que se exige su mayoría absoluta, además de las limitaciones personales que se imponen al sujeto que quiera acceder al cargo de Director.

b) La selección y despido del profesorado⁽²⁸⁹⁾; si el ti-

2. En caso de desacuerdo, el director será designado por el consejo escolar del centro de entre una terna de profesores propuesta por el titular. Dichos profesores deberán reunir las condiciones establecidas en el apartado anterior. El acuerdo del consejo escolar del centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros.

3. El mandato del director tendrá una duración de tres años.

4. El cese del director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el consejo escolar del centro".

(289) Art. 57 b) del Proyecto de la LODE: "Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta ley; (...)

b) Intervenir en la selección y despido del profesorado del centro, conforme con el artículo 60.

(...)"

Art. 60 del Proyecto de la LODE: "1. Las vacantes del personal docente que se produzcan en los centros concertados se anunciarán públicamente.

2. A efectos de su provisión, el consejo escolar de centro, de acuerdo con el titular, establecerá los criterios de selección que atenderán básicamente a los principios de mérito y capacidad. El consejo escolar del centro designará una comisión de selección que estará integrada por el director, dos profesores y dos padres de alumnos.

3. La comisión de selección, una vez valorados los méritos de los aspirantes de conformidad con los criterios a que se refiere el apartado anterior, propondrá al titular los candidatos que considere más idóneos. La propuesta deberá ser motivada.

4. El titular del centro, a la vista de la propuesta, procederá a la formalización de los correspondientes contratos de trabajo.

5. En caso de desacuerdo entre el titular y el consejo escolar del centro respecto de los criterios de selección o de disconformidad fundada respecto de la propuesta de la comisión de selección se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente.

6. El despido de profesores de centros concertados requerirá que se pronuncie previamente el consejo escolar del centro, mediante acuerdo motivado adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros. En caso de que dicho acuerdo sea desfavorable, se reunirá inmediatamente la comisión de conciliación a que hacen referencia los apartados 1 y 2 del artículo si-

tular no puede escoger qué profesores quiere en el Centro en cada momento, poca capacidad directiva se le estará dando. Queda así bajo el poder -en último término- o del Consejo Escolar, o de la Administración educativa o, incluso, de una comisión en la que el empresario ni tan siquiera participa.

c) Asuntos de carácter grave en materia de disciplina escolar⁽²⁹⁰⁾: aunque al titular se le otorgue participación democrática en esto, entienden los recurrentes que debería ser una potestad propia y exclusiva de aquél, puesto que si no, la organización del centro cambia, implícitamente, de manos.

d) La aprobación del presupuesto⁽²⁹¹⁾: los demandantes no

siguiente.

7. La Administración educativa competente verificará que el procedimiento de selección y despido del profesorado se realice de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores".

Art. 61 del Proyecto de la LODE; "1. En caso de conflicto entre el titular y el consejo escolar del centro o incumplimiento grave de las obligaciones derivadas del régimen de concierto, se constituirá una comisión de conciliación que podrá acordar por unanimidad la adopción de las medidas adecuadas para solucionar el conflicto o subsanar la infracción cometida.

(...)"

Para el art. 61.2. 3 y 4 del Proyecto de la LODE, vid. supra nota nº 135.

(290) art. 57 d) del Proyecto de la LODE; "Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta ley:

(...)

d) Resolver asuntos de carácter grave planteados en el centro en materia de disciplina de los alumnos.

(...)"

(291) Art. 57 e) del Proyecto de la LODE; "Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta ley:

pueden aceptar que un acto tan esencial de la soberanía empresarial quede fuera del ámbito del titular, por mucho que los fondos tengan un origen público; les queda claro que el consejo debe controlar el presupuesto y participar en su creación, pero no puede ser él el que determine su aprobación o no.

e) La aprobación de la programación general del centro⁽²⁹²⁾; sostienen la imposibilidad de desarrollar razonablemente un proyecto educativo concreto sin tener la facultad programática; de ser así, el titular se hallaría atado para lograr llevarlo a cabo.

f) La aprobación del reglamento de régimen interior del centro⁽²⁹³⁾; dicen que aunque se quiera dar al término «ges-

(...)

e) Aprobar, a propuesta del titular, el presupuesto del centro en lo que se refiere tanto a los fondos provenientes de la Administración como a las cantidades autorizadas, así como la rendición anual de cuentas, (...).

(292) Art. 57 f) del Proyecto de la LODE: "Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta ley: (...)

f) Aprobar y evaluar la programación general del centro que con carácter anual elaborará el equipo educativo. (...).

(293) Art. 57 1) del Proyecto de la LODE: "Corresponde al consejo escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta ley: (...)

1) Aprobar, a propuesta del titular, el reglamento de régimen interior del centro. (...).

ción» una considerable amplitud, en ningún caso puede llegar a abarcar la aprobación del reglamento que regirá la vida del centro; bien está que el consejo participe en su elaboración, pero no que sea él mismo el que tenga la decisión final de aprobarlo o no.

El Abogado del Estado contestó a todas y cada una de estas afirmaciones de inconstitucionalidad, comprendidas en el Motivo Quinto de la demanda, alegando la adecuación de los preceptos a la Norma Fundamental⁽²⁹⁴⁾.

Comienza por sostener que el contenido de la potestad directiva (derivada del reconocimiento del derecho de creación de centros docentes) que defienden los impugnantes, responde "a un esquema político que fue rechazado por los constituyentes", por ser excesivamente amplio en sus miras. El Proyecto de la LODE no está lesionando las facultades dimanantes del derecho del art. 27.6 CE, ya que éste se encuentra acotado por otro precepto igualmente constitucional, que es el art. 27.7 CE (que establece que los sectores afectados intervendrán en el control y gestión de los centros financiados con fondos públicos). No se está cercenando un derecho fundamental por medio de una Ley cualquiera, sino que la Norma Suprema de modo expreso habilita a la Ley para hacer-

(294) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 7 e); págs. 808 a 811.

lo. Lógicamente, para que se desarrolle el derecho del art. 27.7 CE se ha de ver coartado el del art. 27.6 CE.

A continuación, dice el Abogado del Estado, que "partiendo del principio de la voluntariedad en la incorporación de un centro al sistema de sostenimiento con fondos públicos o, en otras palabras, al «régimen de conciertos», es claro que el supuesto de intervención de los padres, Profesores y, en su caso, alumnos en la gestión y control de los centros privados sostenidos con fondos públicos, se produce invariablemente a partir de la libre decisión del titular del centro". Basa toda la fundamentación de constitucionalidad de los preceptos impugnados precisamente en el hecho de que el titular ostenta un absoluto grado de libertad a la hora de escoger, o no, el régimen de conciertos; si finalmente opta por la financiación pública, sabe de antemano que ello conllevará, a su propia vez, el recorte de sus facultades directivas, tanto en los aspectos financieros como en la vertiente organizativa; por contra, desde la perspectiva del Estado, los poderes públicos no tienen poder para imponer el régimen, ni para oponerse a su implantación, siempre que el centro cumpla con los requisitos objetivos establecidos en la Ley. A partir de ello, resuelve el representante del Gobierno que, dado que es el titular el que de forma voluntaria opta por la financiación pública (que lleva aparejada una merma de la funciones directivas), no

puede después él mismo quejarse, diciendo que se lesionan sus eventuales derechos⁽²⁹⁵⁾.

Pretende realizar una distinción entre el término «gestión» y el concepto de «dirección», para poder separar el ámbito que abarca cada derecho (respectivamente del art. 27.7 y 27.6 CE): el resultado al que llega es que la dirección está incluida en la gestión (que comprende la totalidad de las funciones de gobierno), debiéndose diferenciar entre la dirección como gestión administrativa y la dirección referida a las actividades académicas. En los centros privados, la figura del Director se circunscribirá a este último ámbito -el exclusivamente académico-; aunque lo veremos en el siguiente apartado, a propósito del art. 27.7 CE, diremos ahora que la gestión no es -en los centros concertados- exclusiva de padres, Profesores y, en su caso, alumnos, sino que éstos «intervendrán», lo que significa que estamos ante una función que comparten, por derecho propio, con el titular.

De todos modos, dicen que es complicado delimitar lo que entra exactamente en el concepto de dirección puesto que sus acotaciones, en este caso, vienen dadas por un acto libre del

(295) Tal como lo expone el Abogado del Estado, da la impresión -aunque no lo diga tan duramente- de que el titular vende sus derechos de dirección a cambio de la subvención pública.

titular. No se podría fijar el genérico contenido esencial y aplicarlo en detrimento de otros derechos fundamentales, cuando el mismo se ha visto cercenado de forma voluntaria por un acto dispositivo. El auténtico y global contenido esencial sólo sería oponible ante las eventuales limitaciones impuestas por los poderes públicos, pero nunca ante las que libremente se ha fijado el propio sujeto que ostenta el derecho.

A continuación, el Abogado del Estado contesta punto por punto a las impugnaciones concretas acerca de las intromisiones en el poder del titular cometidas por el Proyecto de la LODE que -como ya ha manifestado- no son en realidad imperativos legales de acotación de las funciones directivas, sino que son renunciaciones expresas que él hace a cambio de dinero público.

a) El nombramiento y cese del Director del centro⁽²⁹⁶⁾; ya que el representante del Gobierno considera que la dirección del centro se incluye dentro del concepto de gestión, en aras al art. 27.7 CE (que veremos en el próximo epígrafe), es lógico que intervengan en la decisión de elección del Director los sectores afectados, cuyo órgano representativo es, por naturaleza, el Consejo Escolar. Además, recuerda que el titular posee una representación específica en dicho ente y que,

(296) Vid. supra nota nº 288.

si hubiere desacuerdo, es él el que tendría que proponer la terna de profesores entre los que elegir.

b) La selección y despido del profesorado⁽²⁹⁷⁾; se reprocha a los demandantes haber utilizado un texto previo al definitivo del Proyecto de la LODE, pues si no es imposible decir que puede darse una contratación o un cese sin asenso del titular, por mucho que lo desease el Consejo Escolar o la Administración Educativa. No se intenta suplir aquí -es más, incluso se prohíbe- la capacidad del titular. En cuanto a los criterios objetivos de selección (principios de mérito y capacidad), no tienen por qué ser exclusivos de la escuela pública; la privada los puede también asumir. Por otro lado, si el titular siente mermadas sus capacidades, siempre puede libremente renunciar al régimen de conciertos.

c) Asuntos de carácter grave en materia de disciplina⁽²⁹⁸⁾; el Abogado del Estado afirma que los recurrentes se han extralimitado al considerar que el carácter propio incluye la cuestión disciplinaria; más bien cree él que eso pertenece a la esfera de la enseñanza, con lo que es factible la intervención del consejo escolar en los colegios sometidos a concierto (según el art. 27.7 CE).

(297) Vid. supra nota nº 289.

(298) Vid. supra nota nº 290.

d) Aprobación del presupuesto⁽²⁹⁹⁾: retoma aquí el argumento de que los demandantes han debido utilizar un texto incorrecto ya que, a su entender, el definitivo otorga solamente al consejo escolar la facultad de aprobación (siempre a propuesta del titular) de los fondos públicos derivados del régimen de conciertos, o de las «cantidades autorizadas», que igualmente se condicionan a aquél.

e) La aprobación de la programación general del centro⁽³⁰⁰⁾: también en este caso considera que se ultrapasaron los recurrentes al creer incluida la programación de la enseñanza dentro del proyecto educativo del centro, que sí que entraría «per se» en el carácter propio del mismo. La programación está en el ámbito de la enseñanza, por lo que tiene que guiarse por los criterios técnicos del equipo directivo, y no por las ideologías del titular.

f) La aprobación del Reglamento de régimen interior del centro⁽³⁰¹⁾: aunque la decisión última sea del consejo escolar, es a propuesta del titular, con lo que su intervención es decisiva. Además, la posibilidad de que el Reglamento

(299) Vid. supra nota nº 291.

(300) Vid. supra nota nº 292.

(301) Vid. supra nota nº 293.

pueda cercenar las facultades del titular o del equipo directivo es harto improbable, pues el hecho de que lo apruebe el consejo escolar no supone necesariamente su legalidad: siempre se mantendrá su posible impugnabilidad ante la jurisdicción ordinaria.

Entramos ya en la opinión del Tribunal Constitucional acerca de todos estos extremos atacados en el Motivo Quinto de la impugnación que, en resumen, y en lo que a nosotros afecta, cuestionaba la constitucionalidad de determinados artículos del Proyecto de la LODE por atribuir ciertas competencias al consejo escolar, que podrían (según los recurrentes) pertenecer en exclusiva al titular del centro⁽³⁰²⁾. El mencionado consejo escolar es -a entender de este Tribunal- el órgano que representa a la comunidad escolar, tal como afirma el preámbulo del Proyecto de la LODE.

Así las cosas, empieza por reconocer la existencia del derecho constitucional que ostentan los titulares de los centros a la dirección de los mismos, como algo íntimamente vinculado al propio hecho de la creación⁽³⁰³⁾. El acto fundacional "no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que

(302) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 19; págs. 818 y 819.

(303) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 20; pág. 819.

se traduce en una potestad de dirección del titular". Además, al interpretar el art. 27.6 CE a la luz del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966⁽³⁰⁴⁾, de obligada aplicación a partir del art. 10.2 CE⁽³⁰⁵⁾, hay que llegar a la misma conclusión, pues se dice que "nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción a la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza...". Por otro lado, deja muy claro que el derecho a la dirección es autónomo respecto del de establecer un «carácter propio», a pesar de que ambos derivan del mismo derecho de creación del art. 27.6 CE.

Acota a continuación el contenido esencial del derecho a la dirección que ostentan los titulares: desde la óptica positiva significa "el derecho a garantizar el carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de las facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado"; y desde la perspectiva nega-

(304) Vid. supra nota nº 154.

(305) Art. 10.2 CE: "2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

tiva, considera el Alto Tribunal que la potestad directiva significa "la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que la despojen de la necesaria protección". Y aclara que "de ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aún respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional". Parece quedar claro que todo lo que son potestades decisorias a nivel básico de organización de la escuela deben estar, en último término, siempre en manos del titular. Eso no significa que tengan que estar exclusivamente en sus manos (aunque la decisión final tenga que ser suya), pues pueden participar otros miembros de la comunidad educativa, siempre que quede a salvo el contenido esencial mencionado. En cualquier caso, las posibles limitaciones a estas facultades deben provenir de la ley, apoyándose en los otros derechos establecidos en la Norma Suprema, ya sea en el art. 27.7 CE (en cuanto a la intervención a nivel de control y gestión de los centros concertados), ya sea en el art. 27.9 CE (referente a los requisitos necesarios para la financiación estatal, que pueden ser delimitadores).

Pasa a cuestionar en el siguiente Fundamento Jurídico⁽³⁰⁶⁾ la posible colisión entre los arts. 27.6 y 27.7 CE, es decir, entre el derecho a la dirección (que deriva directamente del de creación) y el derecho a la intervención de padres, Profesores y, en su caso, alumnos en los centros privados sometidos al régimen de concierto: mientras se respete el contenido esencial de la dirección, la intervención de los sectores afectados es posible, no circunscribiéndose únicamente (como veremos en el siguiente apartado, acerca del art. 27.7 CE) a las decisiones administrativas secundarias de los centros. Se trata de derechos que se acotan entre sí: igual que el de intervención entra en parte del de dirección, el respeto al de dirección es el límite máximo del de intervención.

Es a partir de estos datos que se debe analizar si los artículos impugnados traspasan las fronteras de la intervención, y entran en el terreno exclusivo de la dirección, y no desde la óptica del Abogado del Estado, que basaba toda esta delimitación conceptual en que el contenido esencial es de imposible fijación apriorística por quedar supeditado a la libertad de sometimiento al régimen de conciertos del titular: que se le subvencione con fondos públicos no significa -en absoluto- que él deba, o siquiera pueda, renunciar a sus dere-

(306) Vid. *supra* nota nº 114; Fundamento Jurídico 21; págs. 819 y 820.

chos constitucionales. Viene a decir el Tribunal Constitucional que el titular no está "vendiendo" sus facultades a cambio de financiación pública.

Resuelve, artículo por artículo las impugnaciones que nosotros generalizamos en seis apartados, y que continuaremos sistematizando igual, aunque no lo hiciere así el Alto Tribunal:

a) El nombramiento y cese del Director del centro⁽³⁰⁷⁾: cataloga el nombramiento de director como un acto trascendental en la vida escolar, por su carácter nuclear, en el que "han de proyectarse efectivamente las facultades decisorias del titular para que quede garantizado el contenido esencial de su derecho a dirigir el centro". Pero el Proyecto de la LODE no le extrae esta competencia -como sostienen los demandantes-, pues se garantiza que será él el que designe a quien haya de cubrir el puesto, ya sea directamente, si hay acuerdo con el consejo escolar, ya sea -en caso de conflicto- indirectamente, por medio de la proposición ante aquél de una terna única entre la que se escogerá al candidato.

Acerca de la exigencia de ciertas condiciones subjetivas que deberá reunir quien pretenda ser Director de un centro

(307) Vid. *supra* nota nº 288.

privado concertado, se dice que es un modo como otro de asegurar que la persona posee una cualificación profesional mínima, así como una experiencia pedagógico-docente adecuada para el puesto. Que la Ley establezca estos requisitos no vulnera en absoluto la Norma Fundamental, pues lo único que hace es garantizar una cierta estabilidad y continuidad directiva⁽³⁰⁸⁾.

Por último, en este punto, en cuanto al cese del Director⁽³⁰⁹⁾, para el que se necesita acuerdo entre el titular y el consejo escolar, si bien es evidente que limita las facultades directivas de aquél, no lo es menos que sirve a los mismos intereses de continuidad predicados de los requisitos subjetivos para la Dirección. De este modo, exigiéndose el asenso del consejo escolar se evita la remoción arbitraria del Director antes de haber transcurrido completamente el término de su contrato, o del plazo establecido «ex lege».

b) La selección y despido del profesorado⁽³¹⁰⁾; sobre la facultad de selección del profesorado más idóneo⁽³¹¹⁾, dice

(308) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 22; pág. 820.

(309) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 23; pág. 820.

(310) Vid. supra nota nº 289.

(311) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 24; págs. 820 y 821.

claramente el Tribunal Constitucional que entra de lleno en el derecho a crear y dirigir centros docentes, aunque no es menos cierto que la existencia del art. 27.7 CE habilita al legislador para limitar este aspecto, en el sentido de que los demás miembros de la comunidad escolar puedan colaborar en dicha elección. Tal como está estructurado nuestro sistema constitucional, el legislador español jamás podrá negar ninguno de estos derechos: ni le será posible privar al titular de la potestad selectiva, ni se podrá evitar que los padres, profesores y, en su caso, alumnos, participen en esta forma de gestión y control (para los centros privados sostenidos con fondos públicos). Por eso, si la política educativa del momento ha optado por una normativa en la que se haga concurrir el sentir del titular con el del consejo escolar -en el que se hallan representados todos los demás estamentos educativos- a la hora de la contratación del personal docente, no hay nada que se le pueda objetar, en aras a su constitucionalidad, pues es un modo como otro de canalizar ambos derechos.

Otro problema sería si en caso de desacuerdo se suprimiese la facultad electiva del titular, cosa que aquí no ocurre (eso sí que conllevaría la inconstitucionalidad del precepto), ya que, de darse, se arbitraría un sistema conciliatorio en el que se ofrece la participación tanto al titular del centro, como a sendos representantes del consejo escolar y de la

Administración educativa competente, que deberán adoptar los acuerdos por unanimidad (una vez más, el titular tendrá así la capacidad última decisoria).

Sólo en un supuesto podría haber problemas, que es en el caso de que la comisión conciliadora no llegue a acuerdo alguno, pues el Proyecto de la LODE otorga a la Administración la posibilidad de adoptar medidas provisionales para asegurar el normal desarrollo del centro⁽³¹²⁾, entre las que, en principio, podría caber la contratación el personal docente, o incluso la prohibición al titular de la capacidad de selección del mismo: eso sí que resultaría inconstitucional, dice este Tribunal. Pero llegar a ese extremo es imposible, pues queda salvado por la prohibición expresa que establece el Proyecto de la LODE a la Administración educativa para imponer medida alguna que suponga una subrogación en las facultades del titular o del consejo escolar. Es necesario seguir este esquema interpretativo para no ir en contra de la Norma Superior.

Sobre el despido del profesorado, el establecimiento de sistemas que intenten la conciliación previa⁽³¹³⁾, sólo pre-

(312) Vid. supra nota nº 135.

(313) Como la exigencia de acuerdo motivado del despido por la mayoría absoluta del consejo escolar, o de la reunión de una comisión de conciliación si el anterior acuerdo fuere desfavorable.

tende que se busque la mejor y más equitativa solución en un acto tan importante para la vida del docente como lo es éste. De todas formas, aunque dijeren lo contrario las instancias conciliadoras, el titular siempre podrá proceder, en último término al despido. No es necesario el asenso de la Comisión conciliadora⁽³¹⁴⁾.

c) Asuntos de carácter grave en materia de disciplina escolar⁽³¹⁵⁾; se impugnaba el otorgamiento de competencia en materia disciplinaria al consejo escolar, a lo que el Tribunal Constitucional dice⁽³¹⁶⁾ que, si bien el titular mantiene la capacidad de iniciativa en este aspecto, ello no es óbice para que no pueda coexistir la intervención de un órgano colegiado que colabore en la consecución de una mayor garantía en cuestiones tan polémicas como es la presente. Esto no cercena, en absoluto, el contenido esencial del poder de dirección del titular y, en cambio, coadyuva a la mayor justicia en el centro. Dicho poder de dirección queda salvaguardado por el mantenimiento de la iniciativa disciplinaria, así como del derecho -que sigue teniendo- a hacer que se respete el «carácter propio» por él establecido.

(314) Vid. *supra* nota nº 114; Fundamento Jurídico 25; pág. 821.

(315) Vid. *supra* nota nº 290.

(316) Vid. *supra* nota nº 114; Fundamento Jurídico 27; pág. 822.

d) La aprobación del presupuesto⁽³¹⁷⁾: se acusaba la inconstitucionalidad de la atribución de la facultad de aprobación del presupuesto al consejo escolar, a lo que increpa el Tribunal Constitucional que -en primer lugar- al poderse considerar como un acto de gestión, según el art. 27.7 CE no sólo es posible sino, incluso, necesaria la intervención de los representantes de la comunidad escolar, y que -en segundo término- ya que la intromisión sólo se refiere a parte del presupuesto (esto es, a los fondos estatales y cantidades autorizadas), se erige en garantía de adecuación del fin de destinación de los fondos públicos a su propia previsión, aseguradora, en cualquier caso, de la gratuidad de la enseñanza.

Además, no hay que perder de vista el dato de que la aprobación es a propuesta del titular, y nunca de otro modo, lo que -una vez más- asegura el contenido de la facultad directiva.

e) La aprobación de la programación general del centro⁽³¹⁸⁾: también atribuida por el Proyecto de la LODE al consejo escolar. Niega el Alto Tribunal que de nuevo aquí se sustraigan capacidades al titular, pues no hay que olvidar que

(317) Vid. supra nota nº 291.

(318) Vid. supra nota nº 292.

el propio precepto impugnado establece que la aprobación y evaluación de la programación se supeditan a que la misma sea elaborada anualmente por el equipo directivo, en el cual no sólo figurará el director, sino también aquél o aquéllos representantes que -siguiendo el propio Reglamento de régimen interior- el titular escoja. Una vez más, él continúa ostentando la totalidad del contenido esencial de su poder directivo.

f) La aprobación del Reglamento de régimen interior del centro⁽³¹⁹⁾; dicho Reglamento será aprobado por el consejo escolar pero, como bien recuerda el Tribunal Constitucional, siempre provendrá de una propuesta del titular, que mantendrá de este modo un amplísimo margen de discrecionalidad y de iniciativa.

Por último, vamos a analizar el Motivo Sexto de la impugnación, que tocó también el contenido del art. 27.6 CE (entremezclado con vulneraciones del art. 27.9 CE, a donde nos remitimos para una visión completa de este Motivo), al atacarse todo un bloque de artículos⁽³²⁰⁾ que, a entender de

(319) Vid. supra nota nº 293.

(320) En este apartado trataremos el texto de los siguientes artículos: art. 21.2 a), b), c) y d), y Disposición Adicional Cuarta del Proyecto de la LODE; para el epígrafe que estudia el art. 27.9 CE dejaremos el análisis de los demás, es decir, del art. 48.3 y de la Disposición Adicional 3ª del Proyecto de la LODE.

los recurrentes, establecía discriminaciones injustificadas y atentatorias al ejercicio o desarrollo de la libertad de enseñanza, por regular ciertas incapacitaciones privatorias de la capacidad de creación de centros a determinadas personas físicas o colectividades⁽³²¹⁾.

La demanda ataca todos los apartados del art. 21.2 del Proyecto de la LODE⁽³²²⁾, que impone la prohibición de ser titulares de centros docentes privados a determinadas personas -físicas o jurídicas, según el caso-; impugnan el apartado a)⁽³²³⁾ por considerar que la restricción de un derecho fundamental como éste no puede resultar discrecional, ni tan poco adecuada al fin que se persigue, así como tampoco creen que sea realmente proporcional a lo que se pretende lograr; el segundo, es decir, el epígrafe b)⁽³²⁴⁾, tanto como el tercero, esto es, el c)⁽³²⁵⁾ apartan a ciertas personas del ejercicio de su derecho fundamental a la titularidad de los centros es-

(321) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 5 f); pág. 801.

(322) Vid. supra nota nº 164.

(323) Que se refiere a los que presten servicios educativos para la Administración.

(324) Que hace colación a los que tengan antecedentes penales por delitos dolosos.

(325) Que prohíbe el acceso a la titularidad de las personas físicas o jurídicas expresamente privadas del ejercicio de este derecho por sentencia judicial firme.

colares, estableciendo así por vía legal una restricción de la capacidad constitucionalmente reconocida a todos, sin cobertura alguna por parte de la Norma Suprema. Aunque les parece imaginable "in extremis" una sentencia judicial que prive del ejercicio del cargo de Director o de la profesión de Profesor o Maestro, no ven viable, en cambio, otra que haga lo propio con la titularidad empresarial, que es un derecho de toda persona física o jurídica establecido constitucionalmente, cuyo límite se halla precisamente en el respeto a los principios de la Norma Fundamental, que -por cierto- se están aquí tirando por tierra⁽³²⁶⁾; y finalmente, el apartado d)⁽³²⁷⁾, lo valoran ya como inaudito, no sólo por su referencia a los demás epígrafes criticados, sino porque -a mayor abundamiento- ni tan siquiera exige que se posea un porcentaje de capital mayoritario que asegure que la persona física indeseable vaya a ostentar el control de la jurídica.

Acerca de la Disposición Adicional Cuarta del Proyecto de

(326) Se refieren, en concreto, al principio de legalidad penal (pues se ha impuesto una pena accesoria permanente para todos los delitos dolosos, por medio de una regulación sin vocación de norma penal), el de presunción de inocencia, el objetivo constitucional de la reinserción del delincuente, además de los derechos que aquí estamos estudiando -el de libre creación de centros y el de libertad de empresa-.

(327) Que veta la titularidad escolar a las personas jurídicas en las que las personas físicas mencionadas en los otros tres apartados -el a), el b) y el c)- desempeñen cargos rectorales, o posean el 20% o más de su capital social.

la LODE⁽³²⁸⁾, dicen los demandantes que es totalmente discriminatorio que, si a los centros privados autorizados a la entrada en vigor de la LODE, que tengan menos de diez unidades escolares, y cuyo titular sea el propio director, se les exime del cumplimiento del procedimiento de designación de Director establecido en el Proyecto de la LODE, no se puedan acoger a lo mismo los centros privados que cumplan idénticos requisitos pero que se creen «a posteriori» de la entrada en vigor de la Ley. Valoran que aquí se está dando una discriminación inconstitucional en cuanto a las facultades de los titulares de los centros creados antes o después de la LODE.

El Abogado del Estado contestará a todo este Motivo Sexto de la impugnación, tratando de justificar el texto definitivo del Proyecto de la LODE para salvarlo de su declaración de inconstitucionalidad⁽³²⁹⁾, que, por cierto, logrará.

Comienza su disertación por el art. 21.2 del Proyecto de la

(328) Disposición Adicional Cuarta del Proyecto de la LODE: "No será de aplicación lo previsto en el art. 59 de la presente ley -que se refiere al procedimiento de designación de director (Vid. supra nota nº 288)- a los titulares de centros actualmente autorizados, con menos de diez unidades, que, ostentando la doble condición de figurar inscritos en el registro de centros como personas físicas y ser directores de los mismos, se acojan al régimen de conciertos. En tal caso, el director ocupará una de las plazas correspondientes a la representación del titular en la composición del consejo escolar del centro".

(329) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 7 f); págs. 811 y 812.

LODE⁽³³⁰⁾, siguiendo la misma sistemática de análisis -apartado por apartado-, no sin antes aclarar que el precepto en global "efectúa una delimitación del derecho fundamental centrado en el artículo 27, número 6 de la CE", acorde con la Norma Suprema por distintos argumentos.

El primer epígrafe, letra a), se sostiene en los márgenes de la constitucionalidad porque presenta una incompatibilidad entre el enseñante estatal y la titularidad de las escuelas privadas, que no viene a ser más que una concreción del art. 103.3 CE⁽³³¹⁾, es decir, que no restringe arbitrariamente un derecho fundamental sino que lo acota con base a los propios preceptos de la Norma Superior. Por este motivo, no entran ya en polémicas para ver si es o no proporcional o adecuado al fin que se persigue, pues está justificado por sí mismo apriorísticamente.

El apartado b), al prohibir ser titular a los que tengan antecedentes penales por delitos dolosos, realiza una restricción del derecho fundamental con plena apropiación: en primer lugar, se hace por medio de una Ley Orgánica, que es el

(330) Vid. supra nota nº 164.

(331) Art. 103.3 CE: "3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".

cauce preciso a seguir en estos casos; en segundo lugar, su fundamento se halla perfectamente, según el representante del Gobierno, en la naturaleza de la actividad docente y en el cumplimiento de los objetivos establecidos en el art. 27.2 CE; en tercer lugar, no cabe aquí acusar de que el precepto es contrario a la presunción de inocencia, ya que ésta cesa -lógicamente- ante una sentencia condenatoria firme, que es justamente la aquí exigida; y en último término, en cuanto al choque con el principio de reinserción social, el ordenamiento jurídico tiene otros medios (como la rehabilitación con cancelación de antecedentes) para solventar este problema.

En el tercer epígrafe -letra c)-, dice el Abogado del Estado que lo único que aquí se ha realizado es una explicitación -quizá innecesaria, creemos- señalando que la inhabilitación judicial del titular es algo posible (lo cual, evidentemente, no excluye que se pueda llegar a inhabilitar también judicialmente al Director o al Profesor), remitiéndose a la legislación penal común para ello. Y se ha remarcado así, por la gran importancia que tiene el titular en el espectro educativo.

El apartado d) lo defiende afirmando que no hay discriminación alguna en coartar el acceso a la titularidad de las personas jurídicas en las que las físicas tachadas de indeseables en los anteriores epígrafes ostenten un 20% o más

de su capital social o tengan cargos rectores en ellas, porque en todo caso se trata de datos objetivos con la suficiente relevancia como para que la diferencia sea justificada y porque ésta no es una norma aislada, sino que forma parte de un ordenamiento jurídico armónico en este sentido.

En cuanto a la Disposición Adicional Cuarta del Proyecto de la LODE⁽³³²⁾, sostiene ésta parte que no se puede olvidar el significado de la ubicación sistemática de la excepción en una Disposición Adicional. Eso, por sí mismo, ya denotaría la transitoriedad de la norma, pero es que no es posible disociar tampoco los demás elementos: si se permite la inaplicación del procedimiento electoral del Director a ciertos centros es, precisamente, porque poseen características determinadas que lo justifican: por un lado las reducidas dimensiones del mismo y, por el otro, el dato -temporal- de haber logrado la previa autorización para funcionar antes de entrar en vigor la Ley. Lo que no se puede pretender es que se suprima uno de estos dos elementos excepcionales que, sumados, han llevado al legislador a establecer la excepción; si se hubiese querido que, meramente por tratarse de centros pequeños, no se tuviese que utilizar el sistema de elección estatuido, así se habría dictado (aunque ello no se hubiese ubicado nunca en una Disposición Adicional, sino en el articulado), pero aquí ha

(332) Vid. supra nota nº 328.

influido, además, el otro factor -el de la temporalidad o, dicho de otro modo, el de la transitoriedad-, que no podemos ahora dejar de lado.

Sobre todos estos extremos contesta el Alto Tribunal; comienza por el análisis de la constitucionalidad de los cuatro apartados del art. 21.2 del Proyecto de la LODE⁽³³³⁾, que veremos por separado⁽³³⁴⁾;

Acerca del primero, es decir, el apartado a), que evitaba la posibilidad de que fuesen titulares de centros privados quienes prestasen servicios en la Administración educativa estatal, autonómica o local, sostiene que no es una limitación del art. 27.6 CE arbitraria, sino que "resulta suficientemente fundada en el principio de neutralidad de la Administración recogido en el art. 103, núm. 1 de la CE⁽³³⁵⁾", por cuanto ésta debe servir a los intereses generales, manteniendo a los servicios públicos apartados de toda colisión con los intereses particulares; de ahí que establecer esta prohibición esté perfectamente justificado.

(333) Vid. supra nota nº 164.

(334) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 29; pág. 823.

(335) Art. 103,1 CE: "1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

En cuanto al apartado b), que vetaba el acceso a la titularidad de los centros docentes privados a quienes tuviesen antecedentes penales por delitos dolosos, considera que -como expusimos ya al tratar el art. 27.2 CE- está perfectamente cubierto por la necesidad de protección de la infancia y la juventud del art. 20.4 CE⁽³³⁶⁾, así como por la exigencia constitucional de que el objeto de la educación sea el pleno desarrollo de la personalidad del alumno, objetivo al que contribuye esta limitación al derecho de creación de instituciones de enseñanza.

En relación a los principios de la Norma Superior que los recurrentes afirmaban vulnerados, dice el Tribunal Constitucional que no se ha contravenido ninguno de ellos: el de legalidad queda a salvo por tratarse de una regulación por medio de Ley, y por ser ésta -además- Orgánica, aunque que eso sea así no prejuzga en ningún caso que estemos hablando de una pena accesoria, pues en realidad es una mera restricción de derechos constitucionalmente adecuada; el de presunción de inocencia no puede jugar aquí, porque dicha presunción «iuris tantum» ha sido ya destruida en el momento de aplicar el presente artículo, dado que se exige sentencia firme por delito doloso; y el de reinserción social del delincuente, no cree que se afecte para nada por la no permisión de ostentar

(336) Vid. *supra* nota nº 99.

la titularidad de un centro privado.

El apartado c) -dice- no constituye una prohibición por sí mismo, pues sólo manifiesta algo evidente, esto es, que si se priva al titular del ejercicio del derecho de creación de centros por sentencia firme, se deberá cumplir tal resolución; que sea algo poco habitual no tiene por qué suponer su inconstitucionalidad.

Y acerca del apartado d), referido a las personas jurídicas en las que alguna persona física de las mencionadas en los apartados anteriores ostente un cargo rector o posea el 20% o más de su capital social, dictamina el Tribunal Constitucional su adecuación a la Norma Fundamental, tanto por los propios argumentos que aseguraban la de los demás epígrafes analizados, como por uno propio, que se concreta en el hecho de que poseer una cantidad de acciones, aunque minoritaria, hace suponer que se tendrá cierto control sobre la empresa, por lo que no se tiene necesariamente que exigir una participación totalitaria en ella.

Y para terminar⁽³³⁷⁾, se enfrenta con la constitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta del Proyecto de la

(337) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 32; pág. 824.

LODE⁽³³⁸⁾, que -recordemos- exceptuaba la aplicación del procedimiento de elección de directores a los centros privados con menos de diez unidades que, en el momento de promulgarse la LODE estuviesen autorizados, siendo el director la misma persona física que el titular, y que se deseasen acoger al régimen de conciertos. La pretendida vulneración en que se incurría, a entender de los demandantes, era que un centro privado, de creación posterior a la entrada en vigor de la LODE, aún poseyendo idénticas características a las anteriores, no podría acogerse a esta excepción procedimental tan simplificadora. Dice el Tribunal Constitucional que el error de los recurrentes salta a la vista a partir de sus propios argumentos: la identidad de presupuestos es, a todas luces, imposible; no pueden equipararse situaciones evidentemente distintas, pues si justamente una de las exigencias es que se trate de centros ya anteriormente autorizados, con posterioridad a la entrada en vigor de la LODE no es posible que eso vuelva a cumplirse. De ahí que, ante la coherencia de las circunstancias objetivas requeridas, y la imposibilidad de que se reúnan todas ellas «a posteriori», se deba afirmar que no cabe apreciar discriminación alguna en este supuesto.

No declarándose inconstitucionales ninguno de los precep-

(338) Vid. *supra* nota nº 329.

tos impugnados en este Motivo Sexto, terminamos el comentario acerca de él, a la vez que el de esta compleja y extensa Sentencia del Tribunal Constitucional, con la que, igualmente, cerramos el epígrafe referente al art. 27.6 CE, en el que tan diversas facetas suyas se han analizado.

8. EL DERECHO DE INTERVENCIÓN EN EL CONTROL Y GESTIÓN DE LOS CENTROS ESTATALES (ART. 27,7 CE).

En este nuevo epígrafe, se estudiará el contenido del artículo de la Constitución que dice así:

Art. 27.7 CE: "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".

Tal como hemos advertido en los apartados precedentes, no podemos olvidar que, para una completa visión del problema que aquí tratamos de analizar, hay que ponerlo en conexión con otros puntos ya estudiados: en este caso, particularmente con lo dicho acerca del art. 27.5 CE y, en ciertos aspectos, con el apartado 27.6 CE; asimismo, la relación es evidente con el futuro epígrafe décimo de este capítulo, esto es, el que abordará la jurisprudencia constitucional sobre el art. 27.9 CE (es decir, en cuanto a la financiación total o parcial de las instituciones de enseñanza).

A. STC 5/1981 de 13 de febrero.

Volvemos al tratamiento de esta puntera Sentencia⁽³³⁹⁾, que fue la que, por iniciativa de sesenta y cuatro Senadores de diversos Grupos Parlamentarios Socialistas⁽³⁴⁰⁾, comisionados por D. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, tuvo que valorar la constitucionalidad de diversos artículos de la Ley Orgánica 5/1980 de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (en adelante LOECE).

A pesar de que ni los recurrentes ni el Abogado del Estado dijeron nada en el Motivo Primero de la impugnación acerca del art. 27.7 CE, que cuestionaba la adecuación a la Norma Suprema de determinados artículos por no señalarse en ellos las limitaciones oportunas del derecho de los propietarios a establecer un ideario educativo, sí lo menciona en su fundamentación el Tribunal Constitucional; aunque es posible pensar que la existencia de un ideario educativo puede llegar a cercenar el derecho de los sectores afectados a intervenir en el control y gestión de los centros, afirma el Alto Tribunal que es un extremo que tiene que ser matizado: en pri-

(339) Vid. supra nota nº 72.

(340) Del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario Socialistas de Cataluña y Grupo Parlamentario Socialistas Vascos.

mer lugar, sólo coartaría el derecho de aquéllos en los centros privados -los públicos, por definición, no pueden tener ideario-, y dentro de ellos, en los sostenidos con fondos públicos que efectivamente hayan ejercitado su facultad de imponer un «carácter propio». Y en segundo lugar, al preceptuar la propia Constitución que la intervención se dará en los términos que la ley establezca, eso da un amplísimo margen de libertad al legislador, cuya única cortapisa será el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Por otro lado, al haber los padres escogido una escuela concreta con su determinado ideario educativo, ya han renunciado, de algún modo, a la total intervención en el mismo, cuando menos, en el sentido de no pretender que el colegio lleve a cabo acciones contrarias a su propia ideología⁽³⁴¹⁾.

Continuando con el resultado de este Motivo Primero de la impugnación, con el que no todos los Magistrados estuvieron de acuerdo (se le realizó un Voto Particular por parte del Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron D. Ángel Latorre Segura, D. Manuel Díez de Velasco y D. Plácido Fernández Viagas), hay un par de temas a los que queremos hacer mención: el primero es que los disidentes sostienen que en el art. 27.7 CE se establece el "principio de que a mayor

(341) Vid. *supra* nota nº 72; pág. 35.

financiación pública a centros docentes privados, habrá una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar (profesores, padres y, en su caso, alumnos) en el control y gestión de la misma"⁽³⁴²⁾; y el segundo comentario que creemos interesante realizar, es a colación del problema de las limitaciones del ideario educativo, que se tocó en la sentencia: aquí dicen los Magistrados que, si los padres escogen un determinado centro privado es porque, normalmente, están de acuerdo con su «carácter propio», aunque eso no signifique que tengan que acatar sin protestas todo lo que en la institución se lleve a cabo. Si se trata de un centro subvencionado, subsiste el derecho de intervención del art. 27.7 CE, lo que supone la posibilidad de que -siempre que se mantenga el debido respeto al ideario- los padres realicen observaciones, comentarios o críticas a puntos que no consideren adecuados, tanto sea a nivel educativo como de enseñanza. Se da la opción de abrir una vía de crítica -objetiva, razonada y discreta-, incluso contra el ideario, siempre que se apoye en una sana intervención colaboracionista, de los sectores afectados, con la labor educativa del centro, o que pretenda enmendar los posibles errores cometidos en el funcionamiento del mismo⁽³⁴³⁾.

(342) Vid. supra nota nº 72; Voto Particular, punto 6; pág. 43.

(343) Vid. supra nota nº 72; Voto Particular, punto 20; pág. 47.

Pasamos ya a otros focos de interés más globales, tales como lo es el Motivo Segundo de la impugnación, que aborda -en su totalidad- de problemas que atañen al art. 27.7 CE: los recurrentes opinan que se ataca a este último en el art. 34.2 y 3 b) y d) de la LOECE⁽³⁴⁴⁾; lo consideran así, porque el art. 34 d) de la LOECE limita la intervención de los sectores afectados a la participación en una Junta Económica, que solamente controlará y gestionará los aspectos económicos del centro -y eso sólo en las instituciones sostenidas con alguna suerte de fondos públicos-, en vez de darle la amplitud de miras que sugiere el propio art. 27.7 CE (al decir que los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos "intervendrán en el control y gestión de los centros..." y no únicamente en el «control y gestión económica» de los mismos). Y en cuanto a los asuntos no económicos, acusan la inconstitucionalidad de los arts. 34.2 y 3 b) de la LOECE, porque derivan hacia el reglamento de régimen interior el auténtico desarrollo del derecho de intervención de la comunidad escolar que, por imperativo del art. 53.1 CE⁽³⁴⁵⁾ debería estar, necesariamente, regulado por una ley. Finalmente creen infringida la Constitución pues, de la lectura de los artícu-

(344) Vid. supra nota nº 252.

(345) Art. 53.1 CE: "1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1,a)".

los impugnados, sacan la impresión de que se ha dado una interpretación excesivamente extensiva al ideario, en cuanto a sus aspectos pedagógicos y organizativos, lo que, una vez más -de ser realmente así-, mermaría el derecho de intervención de los profesores, de los padres y, en su caso, de los alumnos⁽³⁴⁶⁾.

A todo ello responde el Abogado del Estado por partes: en cuanto al art. 34.2 de la LOECE, considera que la reserva de ley constitucional "no establece el grado de intensidad de la reserva", siendo el reglamento de régimen interior una "manifestación sustancial de la autonomía de la formación privada que son los centros privados"; y en cuanto al art. 34.3 d) de la LOECE dice que "no restringe el art. 27.7 de la Constitución porque «supervisar y controlar la gestión es gestionar»"; nada, en cambio, sostiene acerca del art. 34.3 b) de la LOECE o, por lo menos, nada se resume en los antecedentes de la Sentencia⁽³⁴⁷⁾.

El Tribunal Constitucional contestó extensamente a esto; tras un nuevo comentario de las causas de impugnación de los preceptos⁽³⁴⁸⁾, trata de interpretar con claridad el contenido

(346) Vid. supra nota nº 72; Antecedente 4; pág. 30.

(347) Vid. supra nota nº 72; Antecedente 12. 48; pág. 31.

(348) Vid. supra nota nº 72; Fundamento Jurídico 13; pág. 35.

del art. 34 de la LOECE. Afirma que en él se establecen dos cosas diferentes: por un lado, se crea un sistema único de intervención de los padres, profesores y alumnos en el control y gestión de los centros docentes privados, sin entrar a valorar si perciben, o no, fondos públicos; y por el otro, en caso de recibirlos, añade a los institutos de enseñanza la obligación de crear una Junta Económica "con la función de intervenir en el control y supervisar la gestión económica" de la institución. La composición y atribuciones de ambos órganos de participación se deja al albur del reglamento de régimen interior del centro (sobre la elaboración de este último, nada se dice en el texto). El problema que plantea el Alto Tribunal es que la Norma Suprema sólo atribuye el derecho de participación a los sectores afectados si se trata de centros sostenidos, en una u otra medida, con fondos estatales, por lo que resuelve que exclusivamente tendría sentido plantear la posible constitucionalidad de los preceptos, si de lo que estamos hablando es de instituciones de enseñanza ayudadas -o enteramente sustentadas- por fuentes de financiación pública, y no en otro caso⁽³⁴⁹⁾.

Por medio de la hermenéutica, los Magistrados del Tribunal Constitucional llegan a la firme convicción de que en los amplios términos en que se halla redactado el art. 27.7 CE hay

(349) Vid. *supra* nota nº 72; Fundamento Jurídico 14; pág. 35.

que ver la intención del constituyente de otorgar un enorme margen de libertad al legislador ordinario. Este libre albedrío se verá reflejado a la hora de determinar, principalmente, dos puntos clave: qué se debe entender por «centros sostenidos con fondos públicos», y qué alcance deben tener los términos «control y gestión». Para ello, solamente se imponen dos límites, que son, el respeto al contenido esencial del derecho garantizado en el art. 27.7 CE, y la exigencia de regulación por medio una norma con rango de ley. Precisamente por eso, al remitir al reglamento de régimen interior la atribución y concreción del derecho de participación, el artículo que estudiamos resulta inconstitucional; en primer lugar, la LOECE no se ha molestado ni siquiera en determinar el tipo de centros que se consideran financiados, ni en delimitar cuáles serán las atribuciones concretas de las personas que los «controlen y gestionen», con lo que no queda garantizado el contenido esencial del derecho fundamental; y en segundo lugar, se han dejado en manos del reglamento de régimen interior del centro todos esos extremos, lo cual vulnera, a todas luces, la reserva de ley⁽³⁵⁰⁾. No es que no se pudiese remitir la regulación concreta del art. 27.7 CE a dicho reglamento de régimen interior, sino que lo que es contrario al orden constitucional es dejar para aquél, inclu-

(350) Vid. *supra* nota nº 72; Fundamento Jurídico 15; págs. 35 y 36.

so, las más básicas definiciones del derecho; si, por lo menos, la LOECE hubiera establecido las pautas a seguir, habría salvado la validez de los apartados impugnados del art. 34 de la misma.

Otro de los puntos que critica el Tribunal Constitucional es la imprecisión terminológica del art. 34.3 d) de la LOECE, que puede dar lugar a ciertas confusiones; allí se establece la creación de una Junta Económica «en los centros o niveles sostenidos con fondos estatales». Está claro que habrá «centros» sostenidos, pero queda bastante oscura la significación de lo que son los «niveles» financiados; declara que -tras un análisis de la cuestión- sólo es posible interpretar el precepto si entendemos que está planteando el caso de que en un mismo instituto existan distintos grados educativos⁽³⁵¹⁾, de los que solamente algunos estén subvencionados, abriéndose entonces la posibilidad de que el órgano fiscalizador de la economía se cree exclusivamente para esos «niveles» financiados, no así para los enteramente privados. Aunque dé estas claves de lectura para el precepto, afirmando, a su vez, que ello -per se- no llevaría a la inconstitucionalidad del mismo, sí manifiesta que es una dificultad añadida que podría llegar a coadyuvar a un pronunciamiento contrario por parte de

(351) Léase Preescolar, Educación General Básica, Enseñanzas Medias, etc.

este Alto Tribunal⁽³⁵²⁾.

Y para terminar con el Motivo Segundo de la impugnación, dice tajantemente⁽³⁵³⁾: "Los apartados 2 y 3 b) del artículo 34 son constitucionalmente inobjetables en cuanto referidos a los centros privados no sostenidos por fondos públicos, pero no reúnen en cambio los requisitos mínimos indispensables para entenderlos adecuados a la Constitución cuando han de ser utilizados como regulación del derecho que ésta otorga a los diversos componentes de la comunidad educativa para intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, concepto, por lo demás, al que el legislador no ha dotado de la concreción necesaria para que resulte jurídicamente utilizable". Es decir, que se puede dejar que el reglamento de régimen interior regule como guste la participación de los sectores implicados en la educación, siempre que se trate de centros plenamente privados (no sostenidos estatalmente), puesto que eso no es un derecho constitucional (derecho que sólo ha previsto la Norma Suprema para los colegios privados subvencionados o enteramente públicos), sino algo que por imperio de la Ley se deberá incluir en dichos reglamentos. En cualquier caso, eso no sig-

(352) Vid. *supra* nota nº 72; Fundamento Jurídico 16; pág. 36.

(353) Vid. *supra* nota nº 72; Fundamento Jurídico 17; pág. 36.

nifica que se esté de este modo haciendo efectivo el desarrollo legal del art. 27.7 CE, pues -por lo menos en base al art. 34.2 y 3 b) de la LOECE- no ha quedado regulado: para que eso fuese así, sería necesario, o bien otro precepto que lo abarque expresamente, o bien la imposición por medio de la obligatoriedad directa de la Constitución aún sin desarrollo posterior.

Por los mismos motivos, pero aplicados a la inversa, no se puede dejar en manos del reglamento de régimen interior el establecimiento de la Junta Económica como órgano de representación de los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, para controlar y gestionar la cuestión económica de los centros subvencionados. Aquí sí que la LOECE ataca de modo directo la reserva de ley de los derechos fundamentales.

En resumen, el Supremo Intérprete declaró la inconstitucionalidad del art. 34.3 d) de la LOECE en su totalidad, y la del art. 34.2 y 3 b) del mismo texto legal, en cuanto a su referencia a los centros sostenidos con fondos públicos, subsistiendo su validez en relación a sus alusiones a las instituciones privadas⁽³⁵⁴⁾.

En el siguiente Motivo de impugnación -el tercero-, se

(354) Vid. *supra* nota nº 72; Fallo, punto 2º A y B; pág. 41.

arremete contra el art. 18.1 de la LOECE⁽³⁵⁵⁾ porque, a entender de los recurrentes, viola el derecho de asociación del art. 22.1 CE⁽³⁵⁶⁾, que tiene una doble vertiente: la positiva, o derecho de agruparse, y la negativa, o facultad de no hacerlo. Pues bien, sostienen que el art. 18.1 de la LOECE ataca el aspecto asociativo negativo, desde el momento en que obliga a los padres a pertenecer a una Asociación -por ellos formada-para poder ejercer su derecho de participación, que les está garantizado en el art. 27.7 CE sin requisito previo alguno⁽³⁵⁷⁾.

A todo lo expuesto por los impugnantes, responde el Abogado del Estado que la alegada inconstitucionalidad del art. 18.1 de la LOECE carece de fundamento, pues "la libertad asociativa permanece inalterada, siendo la afiliación a la Asociación una simple y modesta carga, sin que la pertenencia a la Asociación «asuma en absoluto un significado obligatorio»"⁽³⁵⁸⁾.

(355) Art. 18.1 de la LOECE: "1. En cada centro docente existirá una asociación de padres de alumnos de la que podrán formar parte todos los padres o tutores de los escolares matriculados en aquél a través de la que ejercerán su participación en los órganos colegiados del mismo. Reglamentariamente se determinará la forma de constatar la representación de la asociación en los órganos colegiados del centro".

(356) Art. 22.1 CE: "1. Se reconoce el derecho de asociación".

(357) Vid. supra nota nº 72; Antecedente 5; pág. 30.

(358) Vid. supra nota nº 72; Antecedente 12.5º; pág. 31.

El Tribunal Constitucional, de nuevo, realiza unas amplias declaraciones sobre la solución de las cuestiones planteadas en el Motivo Tercero de la impugnación, que no sólo relaciona con el art. 27.7 CE y el art. 22.1 CE (derecho de asociación), sino también con el de participación en la programación de la enseñanza -del art. 27.5 CE-⁽³⁵⁹⁾. Comienza advirtiéndome que el recurrido art. 18 de la LOECE establece la existencia de las Asociaciones de Padres de alumnos tanto para los centros públicos como para los privados, pese a que el derecho fundamental que estamos estudiando, de participación de las partes implicadas en la comunidad educativa (del art. 27.7 CE), solamente se circunscribe a los centros sostenidos con fondos públicos, es decir, a la totalidad de las escuelas estatales y a parte de las privadas (las financiadas en alguna medida). De ahí que nos tengamos que centrar en estas últimas, dejando de lado a las absolutamente privadas.

También concreta que, si bien el cauce de participación en el control y gestión de los centros ayudados por los fondos públicos se debe establecer -tal como reza el propio artículo de la Norma Suprema- por ley, y que ello se ha hecho efectivo por medio de ciertos órganos colegiados previstos en la LOECE, eso no significa que de este modo se agote el derecho constitucional de art. 27.7 CE, pues es perfectamente posible que se

(359) Vid. supra nota nº 72; Fundamento Jurídico 18; págs. 36 y 37.

arbitren otros sistemas de control y gestión; entre éstos, cita como ejemplos las conversaciones directas de los padres o tutores legales con los profesores, las quejas formuladas de diversos modos al titular o al director, etc., que solventan problemas no necesariamente atribuibles de forma directa a los órganos colegiados de participación⁽³⁶⁰⁾.

En el caso del art. 18.1 de la LOECE, el Tribunal Constitucional decide lo siguiente: el artículo no se limita a hacer efectivo el derecho garantizado a los padres en el art. 27.7 CE, sino que va más allá; al afirmar imperativamente que en todo centro «existirá» una Asociación de Padres como vía de intervención en los órganos colegiados del mismo, no se deja de estar condicionando innecesariamente (aunque sea cierto que no se obliga a los padres a pertenecer a ella) el derecho fundamental reconocido en la Norma Suprema; si no son previamente de la Asociación de Padres de alumnos, no podrán formar parte de la representación del estamento de progenitores en los órganos escolares. Recordando la doctrina plasmada por los recurrentes en cuanto al derecho de asocia-

(360) Aquí nos llama poderosamente la atención un punto: al hablar del derecho de participación se está haciendo continua referencia a uno de sus potenciales sujetos, los padres, pero no se menciona, en ninguno de los Fundamentos Jurídicos analizados, que idéntica facultad ostentan los profesores y, en su caso, los alumnos (dejando aparte el problema de indeterminación que supone la expresión "en su caso"). Parece que en la mente del Máximo Interpreté sólo flota este derecho de los padres o, cuando menos, a ellos lo está asimilando.

ción positivo y negativo, sostiene que aquí se vulnera la vertiente negativa, ya que se exige a los padres pertenecer a la mencionada Asociación si pretenden entrar a formar parte de la representación, que será la que intervenga en el control y gestión del centro.

El derecho del art. 27.7 CE se reconoce sin restricciones ni condicionamientos, por lo que no se puede permitir que la ley lo cercene de este modo, por mucho que la propia Norma Superior remita a ella para el futuro desarrollo del mismo. De ahí que la exigencia de estar asociado para poder acceder al ejercicio del derecho fundamental haga inconstitucional al precepto que así la predica: los padres, en todo caso, tienen la facultad de escoger a sus representantes (estén o no asociados), así como de ser elegidos como miembros de los órganos colegiados de gobierno del centro, por medio de elecciones directas⁽³⁶¹⁾.

Como es evidente tras nuestra exposición del tema, el art. 18.1 de la LOECE se declaró inconstitucional por este Tribunal⁽³⁶²⁾; de esta guisa, terminamos con el comentario de la presente Sentencia, que retomaremos, una vez más, en el próximo apartado de este capítulo.

(361) Vid. *supra* nota nº 72; Fundamento Jurídico 19; pág. 37.

(362) Vid. *supra* nota nº 72; Fallo, punto 22 C; pág. 41.

B. STC 77/1985 de 27 de junio.

Volvemos con el tratamiento de esta compleja Sentencia⁽³⁶³⁾, que fue la que analizó el recurso previo de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (también conocida como Proyecto de la LODE)⁽³⁶⁴⁾, promovido por D. José María Ruiz Gallardón como comisionado de cincuenta y tres Diputados del Congreso.

La problemática acerca de los artículos impugnados en aras al art. 27.7 CE se plantea siempre dentro del contexto de un mismo Motivo del recurso, el quinto, aunque entremezclado con cuestiones sobre el derecho de creación de centros docentes -del art. 27.6 CE-, que ya hemos estudiado; por ello nos remitimos, si se quiere tener una visión global de este Motivo, al anterior apartado del presente capítulo; por lo demás, vamos a intentar aislar lo que aquí nos atañe, aunque no siempre resultará sencillo.

Para recordar lo ya visto sobre el Motivo Quinto de la impugnación, diremos que el tema era el análisis de toda una

(363) Vid. supra nota nº 114.

(364) Vid. supra nota nº 115.

serie de artículos⁽³⁶⁵⁾ en los que el denominador común se puede resumir en que no se respetó el contenido esencial de las facultades directivas que los recurrentes atribuían al titular⁽³⁶⁶⁾, por cuanto se exige a dichos titulares la renuncia a su derecho de dirección del centro y de desarrollo del proyecto educativo como requisito previo a las ayudas estatales.

Asimismo se atacan otros artículos⁽³⁶⁷⁾, apelando a la doctrina sentada por la STC 5/1981 de 13 de febrero -la anterior que hemos expuesto-, porque en ellos se impone el sistema de intervención en el control y gestión de los centros previsto en el art. 27.7 CE, pero se hace para instituciones sólo parcialmente financiadas, y no plenamente «sostenidas» con fondos públicos, como preceptúa -según ellos entienden- el

(365) Vid. supra nota nº 286.

(366) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 5º); págs. 799 a 801.

(367) Nos referimos a la Disposición Adicional Tercera y la Disposición Transitoria Tercera del Proyecto de la LODE.

Disposición Adicional Tercera del Proyecto de la LODE: "Los centros privados de niveles no obligatorios que en la fecha de promulgación de esta ley estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos se ajustarán a lo establecido en la misma para los centros concertados. A tal efecto se establecerán los correspondientes conciertos singulares".

Disposición Transitoria Tercera.1 del Proyecto de la LODE: "1. Los centros privados actualmente subvencionados, que al entrar en vigor el régimen general de conciertos previstos en la presente ley, no puedan acogerse al mismo por insuficiencia de las consignaciones correspondientes, se incorporarán a dicho régimen en un plazo no superior a tres años".

Para la Disposición Transitoria Tercera.2 del Proyecto de la LODE, Vid. supra nota nº 128.

citado artículo de la Norma Suprema.

Plantean esta problemática en torno al conflicto entre dos derechos igualmente fundamentales, el del titular a dirigir su centro docente (analizado ya en el epígrafe sobre el art. 27.6 CE), y el de los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos a intervenir en el control y gestión de los mismos, cuando estén sostenidos con fondos públicos. Los impugnantes sostienen que en los mencionados artículos se está dando una primacía inconstitucional al segundo derecho, en detrimento del primero; no se ha repetado el contenido esencial de la potestad directiva del titular⁽³⁶⁸⁾.

Acerca de la Disposición Adicional Tercera del Proyecto de la LODE⁽³⁶⁹⁾, dicen los recurrentes que en un intento de prejuzgar el contenido del término «sostenido» del art. 27.7 CE, el Proyecto de la LODE preceptúa que los centros que antes de su entrada en vigor estuviesen ya financiados total o parcialmente por el erario público (se equipara «sostenimien-

(368) Como ya hemos dicho anteriormente, el desarrollo concreto de las alegaciones contra los diversos artículos que para los recurrentes son inconstitucionales, lo podemos hallar en el apartado anterior. En cualquier caso, aquí sólo trabajaremos sobre las cuestiones puntuales que creemos que se ajustan plenamente al art. 27.7 CE, tal como ocurre con la impugnación de la Disposición Adicional Tercera y la Disposición Transitoria Tercera del Proyecto de la LODE.

(369) Vid. supra nota nº 367.

to» a «financiación»), se someterán a lo establecido para el régimen de conciertos; lo cual implica que tengan que aceptar el sistema de intervención de los sectores afectados, para ellos fijado. Esto viene a significar que quedan con un mismo tratamiento tanto la financiación total o parcial, como el sometimiento al régimen de conciertos, que es una manera como otra de delimitar indirectamente el alcance del concepto de «sostenimiento» establecido en la Constitución. Les parece desproporcionada la realización de una equiparación tal, cuando el art. 27.7 CE sólo garantiza el derecho de intervención en "los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos", término que -acusan- continúa estando por definir.

Consideran que se está imponiendo el sistema de intervención a centros a los que no corresponde: el derecho fundamental está sólo garantizado en las instituciones «sostenidas», lo que para ellos quiere decir que se requiere una financiación total. Si se extiende a los ayudados parcialmente, además de cercenarse el derecho de dirección del titular del art. 27.6 CE, se estaría ultrapasando el auténtico contenido esencial del derecho reconocido, lo que «per se» ya sería inconstitucional.

Cierto es que la propia Norma Suprema se remite en esta ocasión, para la definición de los términos, al legislador

ordinario, pero eso no legitima a éste para hacerlo de forma ilimitada: en todo caso, está sometido a ciertas barreras lógicas, que hacen insostenible la identificación, sin ninguna suerte de matices, de todas las escuelas que estén financiadas en cualquier medida. Es excesivamente gravoso para el centro imponer "la aplicación en todo tipo de centros del durísimo sistema de intervención previsto en el artículo 42⁽³⁷⁰⁾ para los centros financiados en su integridad con fondos públicos".

A todo lo anterior, responde el Abogado del Estado⁽³⁷¹⁾, comenzando por aclarar que es coherente que las facultades directivas del titular se vean mermadas en algunos casos, y no sólo es coherente, sino que debe ser así por expreso imperativo de otra norma igualmente constitucional -el art. 27.7 CE-, que "de una manera expresa habilita a la ley para hacer intervenir a los restantes sectores sociales implicados en la enseñanza, en el control y gestión de los centros privados". Es necesario acotar ambos derechos, de forma que uno sea cortapisa para el otro, pues su coexistencia en una extensión total es, sencillamente, imposible: "un derecho constitucional encuentra no tanto su límite, sino su defini-

(370) La STC se ha confundido, pues aquí, en vez de «artículo», debería decir «Título», ya que es el Título 42 -"De los centros concertados"- el que establece el sistema de intervención que estamos comentando.

(371) Vid. supra nota nº 114; Antecedente 7 *); págs. 808 a 811.

ción y perfil propios por obra de otra norma constitucional delimitadora de otros derechos".

Expone el representante del Gobierno que el indeterminado concepto de «centros privados» engloba, para él, a todo el colectivo de centros en los que, por lo menos, una parte de su actividad está directamente financiada por el Estado, de modo que ello suponga el logro de la misma de forma gratuita.

Dado que el sometimiento al régimen de conciertos es totalmente voluntario por parte del titular, el hecho de que conlleve cierta cesión de facultades -al exigirse el cumplimiento del derecho de intervención de los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos- no puede resultar inconstitucional, puesto que, a la postre, deriva de un acto de disposición absolutamente libre. Que el titular escoja el régimen de financiación estatal significa que acepta, además de los fondos públicos, el esquema organizativo que el mismo conlleva. Después, no puede quejarse de que se le acorten sus potestades.

Por otro lado, aunque no fuese por lo anterior, el acotamiento de facultades tiene su perfecta apoyatura constitucional en el art. 27.7 CE.

Al establecer este derecho fundamental, la Norma Suprema está aplicando el "principio directivo y orientador de las competencias de los poderes públicos, consistente cabalmente en hacer posible la participación de los ciudadanos en la vida cultural y social, llevando al campo de la organización un fenómeno de interpretación entre el Estado y la Sociedad, que (...) «se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación del Estado de entidades de carácter social, en cuanto su actividad presente un interés público relevante»".

Entra el Abogado del Estado en una distinción terminológica entre el concepto de «gestión» y el de «dirección», que remitimos al anterior epígrafe -acerca del art. 27.6 CE-, pues allí ya la expusimos. Lo que sí que añadiremos ahora es que para él, "«la gestión» de que nos habla el artículo 27, número 7, de la Constitución, al ordenar a la Ley la aplicación de un sistema de participación social en la gestión y control de los Centros sostenidos con fondos públicos, evoca una significación de gran amplitud respecto de todas las funciones ejecutivas desplegadas en un Centro, sin que quepa discriminar o recortar el significado del término mediante diferenciación con otros conceptos o formas que se encuentran comprendidos en ella".

Afirma que el art. 27.7 CE no establece que los grupos sociales que en él se mencionan tengan que gestionar globalmente el centro, excluyendo para ello al titular, sino que lo que garantiza es que, en las instituciones con financiación pública, habrá una gestión compartida entre todos los sectores implicados, lo cual no significa una "socialización o publificación" de dichos centros, sino meramente el establecimiento de la intervención en la gestión y el control, por parte de ciertos sujetos directamente implicados en el proceso educativo, tal como preceptúa la Norma Superior.

De nuevo nos tenemos que remitir al apartado anterior para el tratamiento de los artículos impugnados en concreto, pues allí nos extendimos sobre ellos, aunque algunas cuestiones fuesen más adaptables al presente epígrafe.

Entramos así en la solución del Tribunal Constitucional a todo lo planteado en este Motivo Quinto de la impugnación: concreta que el problema básico está en engarzar los distintos derechos, igualmente fundamentales, del art. 27.6 CE y del art. 27.7 CE⁽³⁷²⁾. No sólo hay que ver cual de ambos cede ante el otro, sino si esa cesión es correcta o se extralimita, inmiscuyéndose en el contenido esencial e irrenunciable de al-

(372) Vid. *supra* nota nº 114; Fundamento Jurídico 19; págs. 818 y 819.

guno de ellos.

Sostiene el Alto Tribunal⁽³⁷³⁾ que el derecho de intervención es una variedad del de participación (regulado este último tanto en el art. 27.5 CE como en el art. 27.7 CE), pudiendo concretarse tanto en la propia actividad de participación -en sí misma-, sea a nivel informativo, consultivo, decisivo o, incluso, de iniciativa, como en cualquier otra actividad del ámbito del control y gestión, sin necesidad de que se vea acotada a aspectos meramente secundarios, de administración de los centros. En este punto, la Constitución deja plena libertad al legislador, y la única cortapisa que le impone es el respeto al contenido esencial del derecho garantizado (o mejor, en este caso, de los dos derechos que pueden colisionar). "Más concretamente, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos estaría, en lo que aquí nos concierne, en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del centro docente".

Para terminar, analiza la constitucionalidad de la Dispo-

(373) Vid. supra nota nº 114; Fundamento Jurídico 21; págs. 819 y 820.