

# LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA ENSEÑANZA\*

ANTONIO EMBID IRUJO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL DE LA ENSEÑANZA.-II. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA ENSEÑANZA. SU ENUMERACIÓN.-III. LAS CUESTIONES TRATADAS: A) Referencias generales a los derechos fundamentales. Incidencia especial en las pretensiones de subvención fundamentadas directamente en la Constitución. B) Los derechos fundamentales en el ámbito educativo. C) Las relaciones entre los sujetos del sistema educativo. D) La división de competencias sobre la enseñanza entre el Estado y las Comunidades Autónomas: a) Planteamientos generales. b) Resolución de cuestiones concretas. IV.-CONCLUSIONES Y NUEVA REFLEXIÓN: EL PROBLEMA DEL EMBARGO DE LA SUBVENCIÓN A LA GRATUIDAD.

## I. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL DE LA ENSEÑANZA

La reciente publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 77/1985, de 27 de junio, producida tras el recurso previo de inconstitucionalidad número 180/1984 (suplemento al «BOE» núm. 170, de 17 de julio), parece marcar el momento ideal para dar a luz un libro sobre legislación de enseñanza. En efecto, esta Sentencia del Tribunal Constitucional, al refrendar prácticamente en su integridad el proyecto de Ley Orgánica del Derecho a la educación, convertido así en Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio («BOE» del 4), hace posible al intérprete la elaboración definitiva de un texto

---

\* Se reproduce aquí la introducción escrita para servir de lectura previa al libro *Legislación de enseñanza I*, editorial Tecnos, Madrid, 1985. Su carácter global de comentario jurisprudencial me anima a incluirlo en estas páginas con la previa autorización, que aquí agradezco, de la citada editorial. Este carácter de introducción a un libro de legislación explica el estilo y algunas remisiones del texto que he preferido no corregir para esta publicación, para respetar el estilo de reflexión unitaria que estas páginas poseen.

que se quiera congruente, sistematizado, armónico, de legislación sobre enseñanza.

Y permítaseme que hable de intérprete, porque en esta materia no es posible todavía la elaboración de un libro como éste con criterios únicamente de recopilador. La vigencia aún de un buen número de normas preconstitucionales, la existencia de normativa posconstitucional, pero producida con criterios distintos a los del último legislador, hace necesario un expurgo sistemático, un juicio constante acerca de la vigencia, incluso, de determinados párrafos de un precepto de una norma. Sobre todo cuando no se producen derogaciones expresas, sino que se acude al latiguillo –tan útil para el legislador, pero tan problemático para el administrado– de: «Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo dispuesto en el-la presente...» Afortunadamente, la experiencia de la producción normativa de los últimos tiempos, con el uso constante de las derogaciones explícitas, permite al lector de la norma una fácil comprensión del derecho vigente y facilita la labor del intérprete-recopilador.

Quien consulte el índice del presente volumen va a poder sacar algunas conclusiones acerca de todo lo que empiezo a exponer con sólo comprobar las fechas de las distintas normas. Hay sectores del ordenamiento educativo de reciente elaboración normativa que, consiguientemente, necesitan poco esfuerzo sistematizador y anotador. Véanse, por ejemplo, las normas sobre enseñanza de las lenguas españolas distintas al castellano, o sobre EGB y educación preescolar, becas, profesorado, religión y –en otro sentido, obviamente– la normativa de las Comunidades Autónomas. En todos los casos son normas posteriores a 1980 y en algunos, incluso, de 1984 ó 1985. En el caso particular de las subvenciones, el dato de lo reciente de una fecha debe ir unido a su consideración como normativa en parte extraña al sistema de la LODE, por lo que es previsible que el desarrollo reglamentario de ésta aleje a medio plazo del ordenamiento la normativa que aquí se recoge.

En otros supuestos, sin embargo, esta clara lejanía temporal de las normas y, por consiguiente, la necesidad de concordancia constante con los principios constitucionales o de la LODE. El caso más claro es el de las normas que regulan la FP o el BUP, pero hay otros. Aquí el intérprete ha tenido que hacer un uso continuado de su criterio para advertir derogaciones implícitas o de simple incapacidad de sistematizar preceptos incompatibles con un nuevo sistema educativo. Espero, en cualquier caso, haber dejado las suficientes indicaciones como para permitir al lector la formulación de conclusiones opuestas a las mías.

En el fondo de todo ello quedan los retazos, los pedazos medio cosidos con alfileres del otrora monumento legal educativo, la LGE. Un texto ahora en sí mismo incoherente, contenedor de normas reducidas en ocasiones, incluso, al

nivel reglamentario en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria número 2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria («BOE» núm. 209, de 1 de septiembre) (1). Un texto que lo que pone de manifiesto es, precisamente, la ausencia de una ley general que recoja los principios básicos del sistema educativo español. Lo que fue la LGE –con todos sus defectos– en su tiempo y lo que no puede ser obviamente la LODE, que tiene una finalidad mucho más restringida: la regulación del derecho a la educación; dicho de otra forma, la descripción de las posiciones jurídicas de los implicados en el proceso educativo y los principios generales de sus interrelaciones. Pero falta, precisamente, aquella ley en la que se especifiquen con minuciosidad las normas básicas de nuestro derecho educativo, los niveles, sus interrelaciones, los títulos y sus efectos, principios generales sobre el profesorado... Ahora, cuando por virtud de la Constitución Española las Comunidades Autónomas puedan tener amplísimas competencias ejecutivas sobre la educación y algunas –menores– normativas, se hace más necesario, si cabe, ese texto general, fácilmente redactable con arreglo a los materiales hoy existentes y que facilitaría en grado sumo las relaciones entre los poderes públicos y la comprensión por el ciudadano del esquema, del nervio central de ese sistema educativo homologado para todo el país, «objetivo que continuamente hay que lograr», como ha recordado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 6/1982, de 22 de febrero.

## II. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA ENSEÑANZA. SU ENUMERACIÓN

Comenzaba la presente introducción con una referencia al Tribunal Constitucional y he acabado el anterior punto con una nueva cita del alto órgano constitucional. Y no es extraña esta continua vuelta a la labor del Tribunal cuando se está hablando de educación, de legislación sobre enseñanza. Ello porque la labor del Tribunal en este campo ha sido, sin lugar a dudas, capital, clave, tanto para la índole de las cuestiones tratadas, de los problemas resueltos, como por el mismo número de Sentencias producidas.

Empecemos especificando con un criterio solamente cronológico las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional y la índole del recurso:

1. Sentencia 5/1981, de 13 de febrero (suplemento al «BOE» núm. 47, de 24 de febrero), en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica

(1) Dice así su texto que afecta, obviamente, a materias ajenas al contenido de este volumen limitado a normas generales, EGB, FP y BUP: «Las disposiciones que, cualquiera que fuese su rango, regulen las materias objeto de la presente Ley y no se opongan a la misma, continuarán en vigor como normas de carácter reglamentario.»

5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE).

2. Sentencia 6/1982, de 22 de febrero (suplemento al «BOE» núm. 69, de 22 de marzo), en conflictos positivos de competencia suscitados por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco en relación al Real Decreto 480/1981, de 6 de marzo, sobre el funcionamiento en el País Vasco y Cataluña de la Alta Inspección del Estado en materia de enseñanza no universitaria.

3. Sentencia 87/1983, de 27 de octubre (suplemento al «BOE» núm. 288, de 2 de diciembre), en conflictos positivos de competencia suscitados uno de ellos por el Gobierno de la nación en relación a una Orden del Gobierno Vasco de 11 de mayo de 1982 y otro por el Gobierno Vasco en relación al Real Decreto 1765/1982, de 24 de julio, sobre horario de enseñanzas mínimas del ciclo medio de EGB.

4. Sentencia 88/1983, de 27 de octubre (suplemento al «BOE» núm. 288, de 2 de diciembre), en conflicto positivo de competencia suscitado por el Gobierno Vasco en relación al Real Decreto 3087/1982, de 12 de noviembre, sobre fijación de enseñanzas mínimas para el ciclo superior de EGB.

5. Sentencia 47/1985, de 27 de marzo (suplemento al «BOE» núm. 94, de 19 de abril), en recurso de amparo contra una Sentencia de un magistrado de Trabajo en procedimiento de despido contra un profesor de un centro privado de enseñanza.

6. Sentencia 48/1985, de 28 de marzo (suplemento al «BOE» núm. 94, de 19 de abril), en conflicto positivo de competencia suscitado por el Gobierno Vasco contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 30 de julio de 1982 por la que se convoca concurso de méritos para proveer plazas vacantes en la plantilla del Cuerpo Especial de Inspectores Técnicos de Formación Profesional.

7. Sentencia 55/1985, de 22 de abril (suplemento al «BOE» núm. 119, de 18 de mayo), en recurso de amparo suscitado por unos particulares contra resolución del presidente de la Junta de Andalucía por la que se requirió de inhibición a una Magistratura de Trabajo que había embargado la subvención a la gratuidad a un centro docente.

8. Sentencia 59/1985, de 6 de mayo (suplemento al «BOE» núm. 134, de 5 de junio), en conflicto positivo de competencia suscitado por el Gobierno de la nación en relación al Decreto 245/1983, de 30 de diciembre, de la Junta de Galicia sobre el uso del tacógrafo en los vehículos de transporte escolar.

9. Sentencia 77/1985, de 27 de junio (suplemento al «BOE» núm. 170, de 17 de julio), en recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de LODE.

10. Sentencia 86/1985, de 10 de julio (suplemento al «BOE» núm. 194, de 14 de agosto), en recurso de amparo suscitado por el Ministerio Fiscal contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985 (Aranzadi núm. 250) que había estimado en parte los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra varias Ordenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 16 de mayo de 1984 sobre régimen de subvenciones a centros docentes.

11. Sentencia 93/1985, de 24 de julio (suplemento al «BOE» núm. 194, de 14 de agosto), en conflictos de competencia suscitados por el Gobierno de la nación en relación con una Orden de la Junta de Galicia por la que se autoriza la experimentación de nuevos planes y programas en un centro de Enseñanza Media y un Decreto de la misma Junta por el que se regulan los centros experimentales.

Once Sentencias del Tribunal Constitucional, salvo error propio en la recopilación, que ponen de manifiesto varias cosas:

a) El amplio catálogo de instrumentos jurídicos utilizado para llegar al Tribunal Constitucional. En efecto, se utiliza el recurso de inconstitucionalidad (núm. 1), el recurso previo de inconstitucionalidad (núm. 9) (2), los conflictos de competencia suscitados por el Gobierno de la nación (núms. 3, 7 y 11) o por los de las Comunidades Autónomas (núms. 2, 3, 4 y 5) y recursos de amparo promovidos por particulares (núms. 4 y 6) o por el Ministerio Fiscal (núm. 9).

b) La conflictividad creciente del tema educativo. Mientras que en 1981 y 1982 sólo se produce una Sentencia por año, en 1983 serán dos, aunque en supuestos semejantes; en 1984, ninguna, y en los meses transcurridos de 1985 son ya siete las Sentencias aparecidas.

c) La intervención de otros escalones del Poder Judicial en estas cuestiones. Intervención que no se produce —es obvio— en los recursos de inconstitucionalidad o en los conflictos de competencia, pero que se presupone en los recursos de amparo. Una consulta, por otra parte, a las Sentencias de Audiencias Territoriales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo proporcionaría nuevos datos acerca de la conflictividad social —de la que el planteamiento judicial es un reflejo, a veces distorsionado— de la cuestión educativa. He creído conveniente, sin embargo, limitar la exposición a las Sentencias del Tribunal Constitucional, que en realidad proporcionan elementos más que suficientes para la reflexión. Podía haber aportado, igualmente, resoluciones importantes de instancias judiciales internacionales de relevancia directa en nuestro país (3).

(2) De imposible uso ya a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1985, de 23 de mayo (suplemento al «BOE» núm. 134, de 5 de junio).

(3) Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, que he comentado en mi trabajo «Derecho a la educación y derecho educativo paterno»,

d) La importancia de las cuestiones tratadas. Dejando aparte las dos Sentencias más importantes (núms. 1 y 9 en mi enumeración) producidas en recursos de inconstitucionalidad y en las que se discuten los mismos fundamentos jurídicos del régimen educativo, el resto de Sentencias permite comprobar cómo cuestiones tan importantes como el régimen del profesorado, subvenciones, competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado son discutidas y resueltas por el Alto Tribunal. La indole y el valor de sus decisiones es resaltante, aunque se produzca en procedimientos de amparo, porque contiene líneas argumentales que contribuyen a formar doctrinas generales (4).

### III. LAS CUESTIONES TRATADAS

La referencia última a la importancia de las cuestiones tratadas me anima a introducirme en lo que querría fuese objeto de fundamental consideración en este prólogo: la doctrina producida por el Tribunal Constitucional y su incidencia sobre el derecho educativo sobre todas y cada una de las normas recogidas en este libro. Para ello voy a sistematizar la doctrina del Tribunal en cuatro grandes bloques: A) Referencias generales a los derechos fundamentales. Incidencia especial en las pretensiones de subvención fundamentadas directamente en la Constitución; B) Los derechos fundamentales en el ámbito educativo; C) Las relaciones entre los sujetos del sistema educativo, y D) La división de competencias sobre la educación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

A) *Referencias generales a los derechos fundamentales. Incidencia especial en las pretensiones de subvención fundamentadas directamente en la Constitución.*

Al margen de que el núcleo fundamental de la reflexión del Tribunal Constitucional esté centrado en la educación y sobre los derechos fundamentales y libertades públicas, se contienen en las Sentencias narradas una serie de consideraciones generales, extensibles a otros derechos fundamentales que no deben ser pasadas por alto. Es lógico, por otra parte, que así sea si se tiene en cuenta que la primera de las Sentencias consideradas (núm. 1) fue también

*Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, de 1983, pp. 375 y ss., junto con otras Sentencias del mismo Tribunal. La consulta al artículo 10.2 de la CE es suficiente para ilustrar acerca del valor de esta jurisprudencia.

(4) Sobre el valor de la jurisprudencia en recursos de amparo me remito a mi trabajo «El efecto estimatorio de un recurso de amparo desestimado. Reflexiones sobre el régimen transitorio de las libertades públicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, pp. 147 y ss.

una de las primeras del Tribunal Constitucional y en ella debieron resolverse cuestiones generales para, una vez sentados esos principios, aplicarlos al núcleo de los problemas planteados.

Así, el Tribunal Constitucional ha recordado la necesidad constitucional (arts. 53 y 81 CE) de que el desarrollo de la regulación de los derechos fundamentales se lleve a cabo mediante ley en cuanto que se intenten regular cuestiones que trasciendan del mero detalle. Por ello, la remisión de la LOECE al reglamento de régimen interior para regular la intervención y participación de profesores, padres y alumnos en la gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE), era inconstitucional en cuanto no se cubrían las exigencias de reserva legal. También en el fundamento jurídico núm. 21 de la Sentencia núm. 9 se pone el acento en esa reserva de Ley y en «la libertad de configuración del legislador» dentro de los límites al respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales. De la misma forma, en la Sentencia núm. 10 se insiste en que el derecho de ayuda a los centros docentes a que se refiere el artículo 27.9 de la CE debe regularse por ley, y la falta de ley es, en última instancia, causa de la sentencia denegatoria del recurso de amparo.

En la Sentencia núm. 1 y remitiéndose a ejemplos de Tribunales Constitucionales extranjeros, se establece que el derecho de asociación (art. 22 CE) tiene tanto una forma positiva –asociarse– como una negativa –no asociarse–. Por ello, la exigencia del artículo 18.1 de la LOECE de la constitución de una asociación de padres para participar en la gestión del centro sostenida con fondos públicos, es inconstitucional.

La igualdad de los españoles, la exigencia de que se establezcan las condiciones básicas que garanticen a todos la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1.<sup>a</sup> de la CE), fundamenta la potestad del Estado de establecer una Alta Inspección en la enseñanza no universitaria (fundamento jurídico núm. 4 de la Sentencia núm. 2 en mi enumeración).

Por fin, de mucha relevancia me parece la doctrina establecida en el fundamento jurídico núm. 10 de la Sentencia núm. 9 y mucho más claramente en el fundamento jurídico núm. 3 de la Sentencia núm. 10, según la cual no surge de la CE (art. 27.9) una directa pretensión a la subvención de los centros docentes. La cuestión, aun limitada a la enseñanza, tiene una potencialidad tremenda y extrapolable a cualquier tipo de pretensión prestacional que quisiera deducirse directamente de la Constitución española, pues los supuestos normativos en el campo que se quiera son semejantes –o, incluso, mucho más débiles– a los existentes en el campo de la educación. La doctrina del Tribunal Constitucional soluciona, así, una querrela doctrinal y política en la que se habían utilizado muy diversos argumentos y en la que yo mismo tomé parte inclinándome por la solución que ahora propugna el

Tribunal Constitucional (5). Repito que esta doctrina, ampliada a otros campos prestacionales o económicos, me parece de una importancia indudable y por eso la trato en el primer punto. Por ello mismo, creo conveniente citar aquí algún párrafo del Tribunal Constitucional muy significativo y contenido en el fundamento jurídico núm. 3 de la Sentencia núm. 10 en mi enumeración:

«El derecho de todos a la educación sobre el que en buena parte giran las condiciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad una dimensión prestacional en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado cuarto de este artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número cinco del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado noveno, de las correspondientes ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

El citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley (...), Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas según la previsión normativa.

El que en el artículo 27.9 no se enuncie, como tal, un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la Ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa obviamente que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el

---

(5) Vid. mi libro *Las libertades en la enseñanza*, ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 245 y 342 y siguientes, junto con toda la doctrina allí citada. Igualmente la profunda discusión doctrinal y jurisprudencial alemana en las pp. 134 y ss. del mismo libro. Vid. el criterio contrario de J. PEMÁN GAVÍN en la recensión que a mi libro dedica en las pp. 475 y ss. la *Revista de Administración Pública* núm. 105, 1984.

artículo 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá asimismo configurar el régimen de ayudas en el respecto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente). Desde esta última advertencia, por lo tanto, no puede en modo alguno reputarse inconstitucional el que el legislador, del modo que considere más oportuno, en uso de su libertad de configuración atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión. No hay, pues, en conclusión (...), un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la Ley puede y debe condicionar tal ayuda de conformidad con la Constitución, en la que se enuncia, según se recordó en el mismo fundamento jurídico, la tarea que corresponde a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.»

*B) Los derechos fundamentales en el ámbito educativo.*

La Sentencia básica desde el punto de vista dogmático es la de 13 de febrero de 1981 (núm. 1), aquella en la que el Tribunal Constitucional respondía en relación al recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LOECE. La doctrina establecida en ésta ha seguido repitiéndose con pequeños matices y, sobre todo, ha sido ampliamente recordada en la de 27 de junio de 1985 (núm. 9), en la que el Tribunal soluciona el recurso previo de inconstitucionalidad planteado contra el proyecto de LODE. Esta última sentencia, en lógica consecuencia, plantea un interés menor desde el punto de vista teórico, puesto que el Tribunal se limita al recordatorio de su doctrina; sin embargo, y desde el punto de vista práctico, su interés es sumo pues permite comprobar cómo una nueva ordenación del derecho a la educación, muy original si se tiene en cuenta nuestra historia normativa educativa, resulta plenamente congruente con la Constitución.

El Tribunal ha comenzado por definir el viejo y problemático concepto de «libertad de enseñanza», negándose a una comprensión unidimensional del mismo. Para el Tribunal la libertad de enseñanza es una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. Para el Tribunal, la libertad de enseñanza implica tanto el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6 de la CE), como libertad de cátedra [art. 20.1.c)], como el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3) (fundamento jurídico núm. 7 de la Sentencia núm. 1).

Sentada esta consideración general de importancia básica (6), el Tribunal va a definir algunas libertades concretas. Así, y respecto a la de creación de centros docentes, indica que incluye el derecho a establecer un propio ideario (fundamento jurídico núm. 8 de la Sentencia núm. 1), precisando en el fundamento jurídico número 8 de la Sentencia número 9 que da igual hablar de «carácter propio», pues el legislador goza de esa facultad de libre denominación. En cualquier caso, ideario y carácter propio tienen que atenerse a los principios constitucionales, pero no tienen por qué restringirse a los aspectos morales y religiosos de la educación (fundamento jurídico núm. 8 de la Sentencia núm. 9) (7).

La libertad de creación implica también libertad de dirección (fundamento jurídico núm. 20 de la Sentencia núm. 9). Ello, según el Tribunal, para respetar el sentido de Pactos internacionales de aplicación en nuestro país y, también, para ser congruentes con la misma proclamación constitucional de la libertad de creación de centros (art. 27.6 CE). Esta libertad de dirección podrá tener sus límites –hablaremos de ellos en el punto siguiente–, pero siempre deberá respetarse su contenido esencial. Recordando la doctrina del contenido esencial de los derechos fundamentales establecidas por el Tribunal en su Sentencia de 18 de abril de 1981 (8), indica el Tribunal en su Sentencia número 9, que el contenido esencial de este derecho desde el punto de vista positivo implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de

(6) En mi libro *Las libertades en la enseñanza*, he dedicado muchas páginas a propugnar un concepto amplio de libertad de enseñanza, más acorde con nuestra tradición normativa y con el mismo sentido del ordenamiento jurídico (pp. 225 y ss.). La exposición de motivos de la LODE continúa insistiendo en esta idea.

(7) El punto séptimo del voto particular del Magistrado FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE a la Sentencia núm. 1 contenía, precisamente, el principio contrario: la limitación del ideario a los aspectos morales y religiosos.

(8) Sobre el contenido esencial *vid.* el trabajo de L. PAREJO ALFONSO: «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *REDC*, 3, 1981, pp. 169 y ss.

estatutos y el nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa, pedagógica y del profesorado. Desde el punto de vista negativo, el contenido esencial implica la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables o que lo despojen de la necesaria protección. Sentado esto, el Tribunal considera que todos los preceptos de la LODE respetan el contenido esencial de la libertad de creación y dirección de centros.

Por fin, a la libertad de cátedra se dedica amplio razonamiento desde el punto de vista teórico en el fundamento jurídico número 9 de la Sentencia número 1. Así se va a defender que pertenece a todos los profesores de centros públicos o privados, también de cualquier nivel de enseñanza, aunque no sean catedráticos. La extensión de la libertad de cátedra podrá ser, sin embargo, distinta según la clase de centros y el nivel de enseñanza. Máxima en los niveles universitarios, mínima en los de educación primaria y siempre limitada por los derechos del titular del centro en los centros privados configurados ideológicamente. Sobre este tema me extenderé más en el siguiente punto.

En conjunto, en el fundamento jurídico número 3 de la Sentencia número 9 hay una sistematización importante y útil acerca de la pluralidad del carácter de los derechos en el artículo 27 de la CE. Se trata del mismo fundamento jurídico que reproducía extensamente en el punto anterior y en el que el Tribunal negaba la emanación directa de la Constitución de una pretensión a la subvención de los centros. Pues bien, precediendo a este razonamiento se hallan las siguientes palabras del Tribunal acerca de los derechos reconocidos en el artículo 27 con los que voy a cerrar la exposición de este punto:

«La pretendida vulneración del principio de igualdad de que en este punto nos ocupamos se conecta así con una concreta reglamentación del sistema subvencional a la educación y, por consiguiente, su análisis requiere algunas precisiones sobre la relación que media sobre los distintos preceptos incluidos en el artículo 27 de nuestra Ley Fundamental, pues mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4.º), garantizan instituciones (apartado 10) o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3.º), o atribuyen en relación con ello competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8.º), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación o, incluso, del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencio-

nado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados (9).

C) *Las relaciones entre los sujetos del sistema educativo*

Las definiciones dogmáticas hasta aquí establecidas servirían de bien poco si no se aplicaran inmediatamente a la resolución de la conflictividad latente en un mundo como el educativo en el que confluyen tantos intereses y derechos. Padres, alumnos, profesores, titulares de centros, los poderes públicos, todos ellos con situaciones jurídicas contempladas por la Constitución y con posibilidades reales de conflicto como con la mera cita de las Sentencias del Tribunal Constitucional puede ya probarse. Veamos entonces qué enseñanzas para las relaciones entre los sujetos del sistema educativo se derivan de las Sentencias del Tribunal Constitucional.

En primer lugar debe dejarse claramente sentada la mutua limitación de los derechos por los derechos de otros sujetos. No hay derechos ilimitados: la Constitución es el marco general donde todos ellos se mueven y el derecho de uno —dentro de ese marco— será límite del derecho de otro. Se trata también de que el ejercicio del derecho de un sujeto no viole el contenido esencial del derecho de otro titular (fundamento jurídico 20 y ss. de la Sentencia núm. 9). Estas relaciones liminares entre derechos existen aunque no se encuentren explicitadas en el ordenamiento jurídico (fundamento jurídico núm. 9 de la Sentencia núm. 8), pues el legislador ordinario es libre para decidir no repetir lo que es un mandato directo de la Constitución (10).

En este sentido, el ideario —o el establecimiento de un carácter propio— puede contener cuantas prescripciones sean adecuadas a la Constitución, no limitándose a los aspectos morales o religiosos. Sin embargo, ello no obliga al profesor a convertirse en un apologista del mismo o a transformar su enseñanza en adoctrinamiento. Al revés, el profesor tampoco está autorizado para dirigir ataques directos contra el ideario. El profesor cumple con su función en cuanto muestre un respeto al ideario y desarrolle su enseñanza con

(9) Quizá valga a efectos descriptivos con la utilización de la expresión «derecho a la educación» como omnicomprensiva, en palabras del Tribunal Constitucional, pero no debe pasarse por alto que el derecho a la educación es en sí un derecho fundamental, separable de todos los demás —libertad de cátedra, de creación de centros docentes, del derecho educativo de los padres—, predicable de un determinado sujeto, el alumno, con un concreto contenido y con unas específicas consecuencias también. Estas palabras del Tribunal Constitucional no dejan muy clara esa, para mí, evidencia. *Vid.* sobre ello mi trabajo «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31, 1981, pp. 653 y ss.

(10) Esta idea ya se encontraba en jurisprudencia constitucional anterior. Por ejemplo, en la Sentencia de 8 de abril de 1981 (inconstitucionalidad) y en la de 15 de octubre de 1982 (amparo).

arreglo a criterios científicos y racionales (fundamentos jurídicos núm. 10 de la Sentencia núm. 1 y núm. 9 de la Sentencia núm. 9) (11).

Es por ello que no cualquier actitud de crítica al ideario puede fundamentar un despido del profesor. Nunca la simple disconformidad si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto y, en cualquier caso, debe probar el empresario dicha actitud del profesor (fundamento jurídico núm. 3 de la Sentencia núm. 5). Será, así, despido viciado de nulidad radical con la consiguiente obligación de readmisión sin posibilidad de sustitución de ella con indemnización (12) un despido ideológico, es decir, el producto sin que el profesor haya realizado ataques abiertos y solapados al ideario y aduciendo el empresario motivos de disconformidad con ésta (Sentencia núm. 5 citada) (13).

Esta relación entre sujetos del sistema educativo tiene trascendencia cuando el Tribunal Constitucional debe pasar a examinar la constitucionalidad de diversos preceptos legales en los que se refleje ese ámbito de tensión –participación– latente, que es el sistema educativo. El ejemplo más claro lo proporciona la Sentencia número 9, la resolutoria del recurso contra el proyecto de LODE. De ella resumo, extractadamente, las principales líneas doctrinales (14):

– Los criterios que la LODE (arts. 20 y 53) recoge para la admisión de

(11) En el voto particular del Magistrado FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE a la Sentencia número 1 se acude a la construcción doctrinal y jurisprudencial francesa del «deber de reserva» para fundamentar jurídicamente las obligaciones y derechos de los profesores de los centros privados. Me refiero extensamente a ello en las pp. 57 y ss. de mi libro *Las libertades...*

(12) Sigue en esta sentencia el Tribunal Constitucional la doctrina general establecida en la de 23 de noviembre de 1981 (suplemento al «BOE» de 22 de diciembre) en la que se estableció que cuando el despido se producía por el ejercicio de derechos derivados de la Constitución, no había opción a indemnización, sino que la readmisión era obligatoria al producirse un despido viciado de nulidad radical. *Vid.* dicha sentencia en la sistematización del conflicto entre derechos en la página 270 de mi libro *Las libertades...*

(13) Por cierto, y a título de comentario, me parece criticable la postura del Tribunal Constitucional de considerar en la Sentencia que se cita en el texto –27 de marzo de 1985– que se concede el amparo porque el Magistrado de Trabajo, aun apreciando la nulidad del despido, no había considerado que la nulidad fuera radical y, por tanto, había violentado el artículo 16 de la CE no amparando a la demandante en su libertad ideológica. Lo que, probablemente, debió hacer el Tribunal es considerar que la Magistratura de Trabajo de Barcelona no había respetado el artículo 24 de la CE, faltando la «tutela efectiva» de los Jueces y Tribunales a que ésta se refiere. No es el juez, al menos en términos estrictos, quien violenta la libertad ideológica, sino el empresario que despide quien está olvidando –más bien– la libertad de cátedra [art. 20.1.c)] del profesor. Al producirse el recurso contra la Sentencia de la Magistratura, apreciadora de la nulidad, pero no «tuteladora» por completo del derecho del recurrente, el Tribunal debería haber llegado al mismo resultado de la estimación del amparo pero por otra vía: aduciendo la violación del artículo 24 de la CE. Ello implicaría –es obvio– una consideración distinta por el Tribunal Constitucional del contenido de este artículo 24 CE. Por cierto que en la reciente Sentencia del Tribunal núm. 88/1985, de 19 de julio (suplemento al «BOE» núm 194, de 14 de agosto), se vuelve a insistir en un caso en que se ha producido un despido por ejercicio de la libertad de expresión, en que éste ha sido violado por el juez que en su Sentencia considera el despido improcedente y no viciado de nulidad radical.

(14) En el libro he llevado a cabo la anotación de la LODE refiriéndome a los diversos fundamentos jurídicos de esta Sentencia.

alumnos en los centros públicos y concertados son constitucionales porque sólo se aplicarán cuando existan menos plazas que solicitantes. No hay, por tanto, lesión al derecho de los padres de libre elección de centro docente porque, en última instancia, la aplicación de los criterios en caso de sobredemanda presupone el ejercicio del derecho de elección (fundamento jurídico núm. 5).

- Es inconstitucional la exigencia de autorización administrativa del ideario en cuanto que podría versar sobre el ejercicio mismo de la articulación del derecho a establecer un ideario. Si en ese ejercicio se produce inconstitucionalidad, las jurisdicciones competentes la declararán. En cualquier caso, debe establecerse un medio de publicidad del carácter propio para que pueda ser conocido por las autoridades del Estado y no sólo por los miembros de la comunidad escolar (fundamento jurídico núm. 10). (Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la exigencia de autorización administrativa fue establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13 de febrero de 1981, fundamento jurídico núm. 8. La aceptación, como buenas, de las razones que ahora aduce el Tribunal Constitucional en última instancia, lo que hace es desautorizar el criterio y argumentos de su primera Sentencia.)
- Es constitucional el criterio de designación de directores de centros privados concertados que contiene el artículo 59.2 del proyecto de LODE. Ahora bien, del mismo se desprende «Que no procederá la presentación de ternas ulteriores, sino que el Consejo designará director de entre los componentes de la primera presentada» (fundamento jurídico 22). Se niega, por tanto, la facultad de rechazo global de la terna que presente el titular del centro, lo que constituye una cierta interpretación del precepto (15).
- Es constitucional que se requiera el acuerdo entre titular y Consejo para la reunión de los directores de los centros públicos concertados (art. 59.4 LODE). Ahora bien, preocupado el Tribunal Constitucional por el mantenimiento del «contenido esencial» del derecho a la libre creación

(15) Reproduzco los dos primeros párrafos de este artículo 59 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.

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.»

He advertido de esa interpretación -bien que ligera- del Tribunal Constitucional para llamar la atención sobre la aparente contradicción con la negativa del tribunal a dictar una sentencia interpretativa que se produce tanto en la Sentencia núm. 1 como en la núm. 9 en mi enumeración.

y dirección de centros en el sentido que antes se especificó, se añade que ese acuerdo es necesario sólo cuando se trate de reconocer al director antes de la conclusión legal del término de su mandato: tres años (art. 59.3 LODE). No habría, por tanto, necesidad de ese acuerdo después de los tres años, momento en el que deberían aplicarse –es mi lógica conclusión– los dos primeros párrafos del artículo 59 (*vid.* fundamento jurídico núm. 23).

- El procedimiento previsto en la LODE para la contratación del personal, en el que se da intervención al Consejo escolar del centro y se someten las discrepancias a una comisión de conciliación tripartita titular, Administración y Consejo escolar, que decide por unanimidad, es constitucional. En cualquier caso, las medidas provisionales que podría adoptar la Administración para el normal desarrollo de la vida del centro (art. 61.3) no podría extenderse a la contratación de nuevos profesores a impedir que el titular del centro lo hiciese o a cualquier desconocimiento del carácter propio del centro (fundamento jurídico núm. 24). De nuevo aquí aparece la conjunción de intereses, la participación de padres, profesores y alumnos representados en el Consejo escolar –aplicación del art. 27.7 de la CE– y la necesidad de respeto al contenido esencial de la libertad del titular.
- Consideraciones semejantes llevan al Tribunal Constitucional a apreciar la constitucionalidad del procedimiento de despido del profesorado que requiere el pronunciamiento motivado del Consejo escolar (art. 61.6) y puede, en caso de discrepancia, acabar ante la Comisión de conciliación. El Tribunal Constitucional insiste, en cualquier caso, en que no es necesario para que el despido se produzca el pronunciamiento *favorable* del Consejo (fundamento jurídico núm. 25).
- Igualmente es constitucional que pueda ser causa de incumplimiento del concierto –y, por tanto, de rescisión– el separarse del procedimiento de selección y despido del profesorado o el proceder a despidos del profesorado cuando hayan sido declarados improcedentes por Sentencia de la jurisdicción competente [art. 62.1.c) y f) de la LODE]. Para el Tribunal Constitucional el fundamento de estas normas con la excepción que se establece para la legislación laboral, aparece en la necesidad de «evitar la arbitrariedad en el despido del profesorado que convertiría en ilusoria la libertad de cátedra y que disminuiría la garantía de la efectividad del derecho a la educación de los alumnos, ya que la enseñanza sólo puede impartirse aceptablemente en condiciones de una auténtica estabilidad» (fundamento jurídico número 26).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional lleva a cabo una serie de matizaciones en torno a este discurrir cuyo alcance según cual sea su

interpretación y aplicación futura en eventuales recursos judiciales y aun en amparo, puede hacer variar la intensidad de esta causa de cumplimiento. Probablemente apoyándose –aunque no explícitamente– en el plural que utiliza el artículo 61.1.f): «proceder a *despidos* del profesorado...», indica que «la causa de incumplimiento del concierto se conecta (...) bien a una conducta reiterada de despidos injustificados, bien a la pertinaz negativa a readmitir a un profesor despedido improcedentemente por parte del titular». Ello equivale a decir que no podrá resolverse un concierto por la existencia de *un* solo despido declarado improcedente, o por *una* negativa a la readmisión. Ahora bien, ¿cuándo se produce la *reiterada* conducta de despidos injustificados?, ¿cuándo la *pertinaz* negativa a la readmisión? ¿Bastan *dos* despidos o *dos* negativas? No cabe duda de que aparece aquí un elemento de incertidumbre no deseable desde el punto de vista del justiciable que, parece, sólo la práctica judicial o la doctrina del mismo Tribunal contribuirá a aclarar. En cualquier caso podría deducirse, como conclusión, que la conducta individual, referente a un solo despido improcedente o a una negativa a readmitir no parece ser causa de incumplimiento del concierto (16).

- La participación del Consejo escolar para resolver los asuntos graves de disciplina [art. 57a)] es constitucional. En última instancia queda libre la facultad del titular para promover la acción disciplinaria (fundamento jurídico núm. 27).
- De la misma forma es constitucional la aprobación por el Consejo escolar del presupuesto del centro [art. 57e)], que es formado por el titular. Cosa semejante sucede con el reglamento de régimen interior, que también lo elabora el titular y aprueba el Consejo [art. 57l)]. Estamos en estos últimos casos dentro de la aplicación del artículo 27.7 de la CE, que ha sido, para el Tribunal, respetuosa con el contenido esencial del derecho del titular.

---

(16) Sin embargo, y aun explicada en el texto la posible interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional, creo que hay que aportar algún nuevo dato desde el punto de vista de la mera argumentación que podría contribuir a aclarar y depurar esa futura aplicación de la norma. Por ejemplo, la extensión del centro, el número de profesores con que cuenta. No creo que sea más grave el despido declarado improcedente de tres profesores en un centro concertado que cuenta con más de cincuenta, que el de uno en un centro con una docena de profesores. Tampoco creo que se deban olvidar las causas imputadas para el despido. Y hay otros elementos –extrajurídicos– que deberían servir a los Tribunales para que no se convirtiera en «ilusoria» la libertad de cátedra, como el tamaño de la población, la existencia de otros centros donde encontrar trabajo, etc. Naturalmente que se está hablando de rescindir un concierto y ello tiene consecuencias directas sobre los alumnos y la economía de sus padres, pero la defensa de un derecho fundamental –la libertad de cátedra– debe gozar de las máximas garantías también.

D) *La división de competencias sobre la enseñanza entre el Estado y las Comunidades Autónomas*

La posibilidad recogida en la Constitución y en diversos Estatutos de Autonomía de la asunción por las Comunidades Autónomas de importantes competencias en materia de enseñanza, ha llevado al Tribunal Constitucional –incitado por las correspondientes acciones– a establecer una ya bastante sólida doctrina jurisprudencial. En ella hay dos grandes líneas a considerar: por un lado, los principios generales sobre el reparto de competencias y, en segundo lugar, la resolución de cuestiones concretas. Punto de partida de todo el proceso discursivo es la defensa a ultranza de un sistema de enseñanza homologado en todo el territorio nacional, un sistema educativo único que, además, es un «objetivo que continuamente hay que lograr», como indica el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número 4 de la Sentencia número 2 en mi enumeración (17).

a) En el plano de los principios generales sobre enseñanza y su reparto de competencias hay, por fuerza, que referirse a los fundamentos jurídicos números 20 y siguientes de la Sentencia número 1 en los que el Tribunal Constitucional debe resolver acerca de si los contenidos de la LOECE eran todos ellos propios de la Ley Orgánica o susceptibles de legislación por las Comunidades Autónomas. Igualmente, el Tribunal Constitucional tiene que responder acerca de si lo entregado por esta Ley a las competencias de las Comunidades Autónomas excede de la capacidad constitucional de éstas y debía, por consiguiente, ser regulado por el Estado.

Nos encontramos, por tanto, ante uno de los difíciles problemas planteados por la Constitución de 1978: el concepto de Ley Orgánica y su extensión. No es cuestión en este lugar de referirme a la riquísima bibliografía sobre la materia (18), sino sólo de señalar las aportaciones que en la jurisprudencia constitucional sobre la enseñanza existen y, también, sus consecuencias en este campo.

Pues bien, resumiendo la doctrina del Tribunal, para éste no cualquier materia, por el mero hecho de encontrarse en una Ley Orgánica debería gozar

(17) Sobre el planteamiento general de división de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de enseñanza me remito a S. MUÑOZ MACHADO: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1982, pp. 600 y ss. Advierto aquí que dados los preceptos constitucionales sobre la materia (art. 149.1.30.<sup>a</sup> de la CE singularmente), sólo las Comunidades Autónomas de autonomía inicial amplia pueden disfrutar de competencias en materia de enseñanza.

(18) Entre la última doctrina, *vid.* J. PEMÁN GAVÍN: «Sobre las Leyes orgánicas en el Derecho español: Algunas observaciones a propósito de la jurisprudencia constitucional», en las pp. 145 y siguientes de la *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (edición de L. Martín Retortillo, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1985). Con referencias, además, a la sentencia de la LOECE (pp. 171 y ss.). Para la doctrina anterior me remito a la exhaustiva cita que de ésta hace el propio PEMÁN GAVÍN.

del efecto de congelación de rango al que se refiere el artículo 81 de la Constitución. No puede, así, llevarse al límite el concepto formal de Ley Orgánica. Sólo tendrían dicho efecto las materias propias de Ley Orgánica y las conexas pero, incluso, la propia Ley Orgánica puede hacer la reserva de que determinadas materias conexas puedan ser reguladas –y modificadas– por una Ley ordinaria de las Cortes Generales o de las Comunidades Autónomas. Caso de que existiera en estos supuestos legislación de las Comunidades Autónomas, ello no significaría que ésta deroga la legislación del Estado, sino que, simplemente, la legislación estatal no sería aplicable en dichas Comunidades Autónomas sino en el resto y, por supuesto, también tendría el carácter de legislación supletoria para las primeras.

Esta doctrina es luego aplicada por el Tribunal Constitucional a casos concretos juzgándose, así, que la creación, clasificación y funcionamiento de centros de experimentación e investigación educativa no afecta a las condiciones básicas de ningún derecho fundamental y que cabe, por tanto, legislación de las Comunidades Autónomas (19); lo mismo sucede con la regulación de los deberes de los alumnos por lo que «no hay inconveniente en permitir su modificabilidad por Leyes de las Comunidades siempre que la alteración que se introduzca sea de índole semejante a los deberes, muy genéricos y de naturaleza no política»; lo mismo se indica respecto a órganos como seminarios y departamentos en los centros.

Cuestión distinta aparece respecto a los criterios básicos para la selección, nombramiento y competencias del director y para la regulación de otros órganos de gobierno de los centros públicos. La necesidad del mantenimiento del sistema homologado de enseñanza veta la legislación de las Comunidades Autónomas. Idénticos razonamientos se aplican a las clases de centros docentes según niveles educativos, a las garantías de calidad en la educación o a la necesidad de un registro público central de todos los centros.

En la Sentencia número 9 –recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de la LODE– hay también espacio destinado a discurrir sobre el reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas, concretamente en los fundamentos jurídicos números 14 y siguientes. La previsión del proyecto de que «el Gobierno establecerá las normas básicas a que deben someterse los conciertos» (art. 47.2), lleva al Tribunal a recordar el concepto firmemente establecido de bases como «noción material» (20) y, por tanto, la posibilidad

(19) Pero ello no equivale a decir que la regulación de centros experimentales pueda llevar consigo la de la convalidación de los títulos adquiridos en dichos centros. Es competencia exclusiva del Estado la de regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos válidos en todo el territorio nacional (art. 149.30.<sup>a</sup> de la CE). Por ello en la Sentencia núm. 11 se anula una regulación gallega que violentaba estos principios.

(20) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, ed. Civitas, Madrid, 1983, pp. 296 y ss.

de que en ciertas circunstancias –con habilitación legal previa y tratándose de materias por su complejidad típicamente reglamentarias– el Gobierno proceda a la regulación mediante Reglamento. Podría haber inmisión en las competencias de las Comunidades Autónomas si el Gobierno «extendiera su regulación a aspectos no básicos o no cubiertos por la habilitación legal, que pretendiera fueran de aplicación directa en el ámbito de las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias de desarrollo en esta materia».

b) Al margen de esta doctrina general –algunas de cuyas implicaciones prácticas hemos contemplado ya– una serie de Sentencias han establecido soluciones a cuestiones concretas planteadas normalmente por la vía del conflicto de competencias. Veamos el problema y la solución dada:

b.1) En la Sentencia número 2, el Tribunal Constitucional afirma la posibilidad de establecimiento por el Estado de un sistema de alta inspección de la enseñanza con todas las características, poderes y formas de actuación que contiene el Real Decreto 480/1981, de 6 de marzo, sobre «funcionamiento en el País Vasco y Cataluña de la Alta Inspección del Estado en materia de enseñanza no universitaria». La exigencia de un sistema homologado de enseñanza está en la base de todo ello. Se considera instrumento hábil el Real Decreto para regular este organismo y se niega la exigencia de Ley planteada por los recurrentes.

b.2) En las Sentencias números 3 y 4 se considera que corresponde al Estado la competencia de fijar las enseñanzas mínimas en los ciclos medio y superior de la EGB, entendiéndose que dentro de ella se comprenden también los horarios. Se acude para fundamentar todo ello a la necesidad de conseguir una formación común en un determinado nivel de todos los escolares de EGB, sea cual sea la Comunidad Autónoma en la que cursen sus estudios. Esta formación común como exigencia se derivaría de los artículos 27 y 149.1.30.<sup>a</sup> de la CE (fundamentos jurídicos números 4 y 3, respectivamente). En tal sentido son plenamente constitucionales los Reales Decretos 1765/1982, de 24 de julio, y 3887/1982, de 12 de noviembre. Igualmente, algunos preceptos de una Orden del Gobierno vasco –impugnada en la Sentencia número 3–, son inconstitucionales.

b.3) La Sentencia número 6 atribuye al Gobierno vasco la competencia de convocar los concursos de méritos para cubrir plazas de inspector de Formación Profesional. Razona la Sentencia que se trata de una competencia de ejecución, encuadrable perfectamente dentro del Estatuto de Autonomía vasco. Incluso las normas de transferencia de servicios de educación –útiles desde el punto de vista interpretativo– traspasan estos servicios al País Vasco. Tampoco desde el punto de vista funcional sería ésta una competencia del

Estado porque en modo alguno puede considerarse básica esta facultad. En consecuencia se declara la nulidad de una parte de la Orden de 30 de julio de 1982.

b.4) Recojo entre las Sentencias en materia de educación la número 8 en mi enumeración, por su evidente conexión con el tema educativo aunque el Tribunal Constitucional solucione con otras referencias el pleito. En efecto, frente a la normativa estatal de exigencia de tacógrafo para todo vehículo que llevara a cabo transporte interurbano (art. 4.3 del Real Decreto 2296/1983, de 25 de agosto), la Junta de Galicia excepcionó dicha obligación para los vehículos que se dedicaran al transporte de menores cuando el recorrido no excediera de 50 kilómetros (art. 1 del Decreto 245/1983, de 30 de diciembre). El Tribunal Constitucional, apoyándose en el artículo 149.1.21.<sup>a</sup> de la CE, que declara competencia exclusiva del Estado el «tráfico y circulación de vehículos a motor» considera inconstitucional la prescripción gallega.

#### IV. CONCLUSIONES Y NUEVA REFLEXIÓN: EL PROBLEMA DEL EMBARGO DE LA SUBVENCIÓN A LA GRATUIDAD

Hasta aquí el largo repaso por las cuestiones más sobresalientes planteadas por el Tribunal Constitucional en las once sentencias producidas. Soy consciente de que han quedado en esa rica y variada doctrina cuestiones sin explicar y recoger pero me parece que, como pórtico a un libro sobre legislación de enseñanza, es ya más que suficiente el volumen de información proporcionado.

Querría, no obstante, recoger como final dos nuevas referencias jurisprudenciales interesantes por su innegable valor. En un caso, de respuesta afirmativa a un interrogante y en otro, de suscitador del mismo.

Es la afirmación la contenida en la Sentencia número 10 acerca de la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interponga recurso de amparo contra una Sentencia judicial en la que unos ciudadanos habían obtenido satisfacción a sus demandas consiguiendo la anulación de determinados preceptos de unas Ordenes ministeriales sobre subvenciones. Frente al reproche de los ahora demandados de que el Fiscal ejercitaba, en realidad, un recurso en «interés de la Ley» y que eso violentaba el espíritu del recurso de amparo, responde el Tribunal Constitucional sosteniendo la legitimación del Ministerio Fiscal, que obra siempre como portador de un interés público, y mucho más en este caso, en el que el Tribunal Supremo, para fundamentar su Sentencia (21) había acudido a la cita del principio de igualdad por lo que podría haber producido «hipotéticas lesiones de los derechos y libertades de otros».

(21) Se trata de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, Aranzadi 250.

Coincido con el Tribunal Constitucional en sus apreciaciones, que creo plenamente incardinadas en el espíritu constitucional reconecedor de la legitimación para interponer el recurso de amparo no sólo al Ministerio Fiscal, sino al Defensor del Pueblo (22). De esta forma quedan abiertas más oportunidades para que el Tribunal Constitucional proceda a la depuración de la actuación administrativa o judicial que haga referencia a los derechos fundamentales protegidos.

La interrogante se abre con el supuesto de hecho planteado por la Sentencia número 7. En ella se trata del recurso de amparo interpuesto por dos profesores de un centro privado –despedidos con despido juzgado improcedente y que cuentan a su favor con la correspondiente indemnización dictaminada por un Magistrado de Trabajo–, contra la resolución del presidente de la Junta de Andalucía por la que se requirió de inhibición a la Magistratura de Trabajo que había despachado mandamiento de embargo contra las subvenciones a la gratuidad de dicho centro. Dicho embargo tenía como finalidad el proveer el que las profesoras pudieran ver satisfecha la correspondiente indemnización.

Al margen de los datos concretos del supuesto de hecho y de la concreta solución del caso –denegación del amparo por falta del seguimiento de la vía judicial previa– la narración de los antecedentes pone de manifiesto un problema interesante: ¿es posible que se proceda al embargo de la subvención a la gratuidad para satisfacer un derecho fundamental –el de la tutela efectiva de los jueces y tribunales a que se refiere el artículo 24 de la CE– cuando la ejecución de ese embargo puede suponer el desconocimiento de otros derechos fundamentales? En el caso concreto, esa posibilidad de desconocimiento habría que referirla al derecho a la educación, gratuita además. En efecto, caso de que la suma de la subvención a la gratuidad no llegara al centro, podría plantearse el pago de los sueldos de los profesores, de la seguridad social y otros más referidos al mantenimiento del centro. Los profesores, quizá impedidos a percibir sus haberes, podrían instar nuevas acciones judiciales que podrían desembocar en sucesivos embargos de las subvenciones... Al final de todo ese proceso lo que estaría en cuestión sería la misma pervivencia del centro, el derecho a la educación –en ese caso gratuita– de sus alumnos.

El supuesto ha existido y puede volver a darse en cualquier momento. Con estos presupuestos o con otros distintos, pero siempre con el hecho común de

(22) Creo, incluso, que cuando en casos como éste, el reconocimiento judicial de la pretensión de unos demandantes frente a la Administración pudiera representar el desconocimiento de otros derechos, también el defensor del Pueblo, por sí o a iniciativa de parte, estaría legitimado para la interposición del correspondiente recurso de amparo. El Defensor del Pueblo aparecería formalmente defendiendo la constitucionalidad de una acción administrativa frente a los ciudadanos, pero ello no es más que una paradoja formal y tal tipo de intervención del defensor del Pueblo –en las condiciones dichas– en modo alguno estaría prohibido por la Constitución o por su Ley Orgánica.

una deuda del titular del centro reclamable judicialmente y, además, con la inexistencia de cualquier patrimonio al margen de la subvención, sobre el que ejecutar la pretensión.

Es muy difícil en un estudio de estas características intentar dar una solución a un problema tan complicado en el que, incluso, tampoco ha querido entrar el Tribunal Constitucional en la Sentencia a que me estoy refiriendo. Sin embargo sí que me atrevería a plantear algún comienzo de solución partiendo de un dato previo como es el de la real jerarquía entre derechos fundamentales (23) que lleva al predominio –dentro de los educativos– del derecho a la educación (24).

Esa real jerarquía entre derechos fundamentales, de decantarse a favor del derecho a la educación frente al de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, debería incitar a prohibir embargos de ese tipo cuando pudiera el derecho a la educación ponerse en peligro por los mismos. Incluso, la misma consideración de estas subvenciones como de cantidades afectadas a la realización de unos fines públicos podría llevar a pensar en la aplicación analógica de la prohibición de dictar mandamientos de embargo tal y como queda recogida en el artículo 44.1 de la Ley General Presupuestaria y textos concordantes (25).

Esta solución no me parece en modo alguno arbitraria ni creadora de privilegios injustificables. Otros preceptos del ordenamiento educativo contienen normas también difícilmente comprensibles desde un simplista punto de vista de considerar la actividad educativa como una actividad privada sin más. Estoy pensando, por ejemplo, en la exigencia de autorización administrativa para cerrar un centro y en las potestades que goza la Administración a estos efectos sólo comprensibles dentro de las finalidades públicas a las que los centros educativos privados cooperan también (26). Por supuesto que no

(23) La problemática de la colisión entre derechos fundamentales es clásica y muy estudiada sobre todo en la doctrina alemana. El criterio de la ponderación entre bienes protegidos suele servir para ayudar a la búsqueda de la solución. Me remito al trabajo de M. SCHNEIDER: «Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten», Nomos, Baden-Baden, 1979, y a las pp. 263 y ss. de mi libro *Las libertades...*

(24) Criterio éste del predominio del derecho a la educación que aparece en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que he estudiado en mi trabajo *Derecho a la educación y derecho educativo paterno*, ya citado. Debo advertir que el Tribunal Constitucional se ha mostrado contrario al sacrificio de los derechos fundamentales frente a los fines sociales, excepto en los casos en que estos mismos fines sociales constituyan valores declarados constitucionalmente (Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, suplemento al «BOE» de 9 de marzo). No obstante, en este caso que comento no se trata de una colisión entre derechos fundamentales y fines sociales, sino entre derechos fundamentales entre sí.

(25) Reproduzco el texto de este precepto: «Los Tribunales, jueces y autoridades no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública».

(26) *Vid.* el artículo 18 del Decreto de 7 de junio de 1974 que regula el régimen de autorización de centros. *Vid.* también la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1979, Aranzadi 274.

voy a plantear aquí la cuestión –y sus efectos– de calificar a la educación como servicio público (27), pero sí a señalar cómo las actividades privadas de interés público pueden ir rodeadas de un régimen jurídico distinto que puede tener manifestaciones como la que ahora contemplamos.

Incluso, con el nuevo régimen de conciertos que ahora inaugura la LODE tal solución gozaría de más apoyos, porque una parte de la cantidad económica que se compromete a asumir la Administración, no pasa nunca a la disposición del titular del centro. Me refiero a los salarios del personal docente que son «abonados por la Administración al Profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el párrafo anterior» (art. 47.5 de la LODE). El embargo por un Juez de estas cantidades, por ejemplo, llevaría al caso absurdo de prohibir a la Administración abonar unos salarios por una actividad que sabe perfectamente que se ha realizado y posibilitar, con su abstención, que pudieran llevarse a cabo obstáculos en un determinado centro a la realización de un derecho fundamental como es el de la educación que, además, ella como poder público está obligada a tutelar (28).

Valga todo esto como reflexiones incompletas a una problemática planteada en el trasfondo de una Sentencia del Tribunal Constitucional con las que cierro el presente comentario. Con conciencia de que la conflictividad latente en el sistema educativo –confío en que cerrada a medias con la Sentencia número 9 en mi enumeración– hará necesaria su puesta al día dentro de un tiempo (29). Con la confianza en su utilidad para la mejor comprensión del ordenamiento jurídico de la educación.

(27) Tal y como hizo el artículo 3.1 de la LGE y ahora el artículo 1 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. Sobre esta cuestión *vid.* R. GÓMEZ-FERRER: «El régimen general de los centros privados de enseñanza», *RAP* 70, 1973, pp. 20 y ss. y las pp. 335 y ss. de mi libro *Las libertades...*

(28) Por ello el artículo 63 de la LODE configura como obligación de la Administración cuando procede a la rescisión de un concierto la de escolarizar a los alumnos que deseen seguir la enseñanza bajo el régimen de gratuidad. Probablemente, en el futuro, un caso como el planteado en la Sentencia acabaría con la rescisión del concierto por aplicación de la causa 1.ª) del artículo 62 –«cualesquiera otras que se deriven de la violación de las obligaciones establecidas en el presente título o en el correspondiente concierto»– y en la aplicación de las previsiones del artículo 63 que acabo de enumerar.

(29) Al estudio del ordenamiento jurídico de la educación llevo dedicando una buena parte de mi tiempo de investigación desde 1979, como el lector habrá comprobado con la lectura de algunas citas. No querría terminar este trabajo sin proceder a la cita de algún meritorio trabajo aparecido en los últimos tiempos sobre la educación, bien sea desde el punto de vista jurídico como el de J. BARNES VÁZQUEZ: «La educación en la Constitución de 1978. Una reflexión conciliadora». *REDC*, 12, 1984, pp. 23 y ss. o desde el sociológico, como la extraordinaria y valiente reflexión de V. PÉREZ DÍAZ: «La calidad de la educación en España y la resignación al status de país periférico» en las pp. 369 y ss. del vol. II de *España: un presente para el futuro*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1984. Con multitud de datos sobre nuestro sistema educativo, *vid.* J. GONZÁLEZ ANLEO: *El sistema educativo español*. Ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985.

