



European Journal of Education and  
Psychology

ISSN: 1888-8992

[ejep@ejep.es](mailto:ejep@ejep.es)

Editorial CENFINT  
España

Martínez-Ruano, Pedro

La configuración constitucional del Derecho a la Educación

European Journal of Education and Psychology, vol. 4, núm. 2, diciembre-, 2011, pp. 171-181

Editorial CENFINT

Almería, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=129322659007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

[redalyc.org](http://redalyc.org)

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## **La configuración constitucional del Derecho a la Educación**

Pedro Martínez-Ruano  
Universidad de Almería

La educación es un elemento clave en la vida de cualquier país. A través de ella se configura el tipo de sociedad que se desea conformar, haciendo posible el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos. Por eso los mayores esfuerzos y las mayores inversiones de los estados se dirigen hacia la implantación de un modelo educativo eficiente y de calidad. La educación y la enseñanza se muestran así como un pilar fundamental de todo sistema político basado en la democracia la libertad y el pluralismo, lo que a su vez se manifiesta en el reconocimiento de un conjunto de derechos propios del ámbito educativo. La educación de nuestro país, en el contexto mundial y europeo en el que nos encontramos, dibuja un cuadro complejo en cuanto a las libertades educativas se refiere. La Constitución Española de 1978, nos ha venido ofreciendo un marco jurídico de progreso, respeto y entendimiento con el reconocimiento de un doble derecho en materia educativa: el derecho de todos a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE).

*Palabras clave:* Derechos fundamentales, educación, constitución.

*The constitutional configuration the right to education.* Education is a key element in the life of any country. Through it sets the type of society we want to conform, making possible the social, cultural and economic development of peoples. That is why greater efforts and greater state investments are directed towards the implementation of a model efficient and quality education. Education and teaching and are a cornerstone of any political system of democracy based on freedom and pluralism, which in turn is reflected in the recognition of a set of their own rights in education. The education of our country in the global and European context in which we draw a complex picture in terms of freedom of education is concerned. The Spanish Constitution of 1978, has been providing a legal framework for progress, respect and understanding with the recognition of a double right in education: the right of everyone to education and the right to freedom of education (art. 27.1 CE).

*Key words:* Fundamental Rights, education, constitution.

La educación es un elemento clave en la vida de cualquier país. A través de ella se configura el tipo de sociedad que se desea conformar, haciendo posible el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos. Por eso los mayores esfuerzos y las mayores inversiones de los estados se dirigen hacia la implantación de un modelo educativo eficiente y de calidad. La educación y la enseñanza se muestran así como un pilar fundamental de todo sistema político basado en la democracia la libertad y el pluralismo, lo que a su vez se manifiesta en el reconocimiento de un conjunto de derechos propios del ámbito educativo.

La educación de nuestro país, en el contexto mundial y europeo en el que nos encontramos, dibuja un cuadro complejo en cuanto a las libertades educativas se refiere. La Constitución Española de 1978, nos ha venido ofreciendo un marco jurídico de progreso, respeto y entendimiento con el reconocimiento de un doble derecho en materia educativa: el derecho de todos a la educación y el derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE).

Así pues, es opinión bastante generalizada que el artículo 27 de nuestra Constitución es uno de los preceptos más polémicos de la misma, habiéndose pretendido con su redacción alcanzar una fórmula de compromiso que aun no satisfaciendo plenamente a los diferentes grupos políticos, posibilitaría, según fuese la orientación política del partido o partidos que ocupasen el Poder, la potenciación de determinados aspectos en detrimento de otros, mediante el oportuno desarrollo legislativo.

Por otro lado, como ha escrito Laporta (1981), tal artículo es fruto del consenso y por ello «lleva en su seno ejes diferenciados de interpretación que no son excluyentes, pero sí difícil y delicadamente conciliables en la práctica». El contenido de tal precepto refleja un equilibrio de fuerzas, modificado en cierta medida con la promulgación de textos legislativos como el Estatuto de Centros Escolares, que sería objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, parcialmente aceptado por éste. Así las cosas, nos proponemos analizar en estas páginas, aunque sea de forma sucinta, la delimitación de las categorías jurídicas del derecho a la educación y libertad de enseñanza y en si la naturaleza constitucional de los derechos del ámbito educativo.

Como hemos señalado, vamos a dedicar este trabajo al estudio de los derechos que la Constitución Española reconoce en el ámbito educativo. En el curso del mismo deberemos tener en cuenta la histórica colisión entre la extensión y naturaleza de los poderes del Estado sobre la educación, los derechos de los ciudadanos en relación con la misma y las históricas prerrogativas de la Iglesia y otras instituciones privadas en esta materia. Por lo que, en cualquier caso, habrán de ponderarse los intereses de todos los sectores en conflicto.

Estas diferencias tienen su origen en los siglos XVIII y XIX, con la aparición de los movimientos racionalistas, liberales e ilustrados. Las aspiraciones de estos movimientos hacía prácticamente inevitable el enfrentamiento entre la atribución al Estado de la función educativa con la situación de hecho existente, en la que la Iglesia ejercía de forma monopolística esa función, partiendo del papel subsidiario del Estado en esta materia.

Así pues, en este trabajo vamos a estudiar una serie de derechos que tienen un notable perfil ideológico y una gran importancia por el papel que ha de jugar la educación en un Estado Democrático.

#### *Régimen jurídico aplicable*

##### *Constitución Española*

Como ya hemos señalado el derecho a la educación y la libertad de enseñanza se encuentran regulados en el art. 27 CE. Hemos de hacer referencia a los debates constituyentes sobre esta materia, para poder apreciar con claridad su dimensión en la actualidad. Por tanto, partimos de un proceso constituyente en el que se apreció con claridad la gran divergencia que sobre este tema había entre los partidos y fuerzas sociales, que difícilmente se eliminó con la constitucionalización del art. 27 CE como fórmula conciliadora.

Esta situación tuvo varias consecuencias. En primer lugar, la redacción de un precepto de aire conciliador, extenso y complejo que buscaba el equilibrio político, dando cabida a principios y derechos que se limitan recíprocamente. Y, en segundo lugar, el planteamiento que se hizo del art. 27 CE es abierto y no dogmático, evitando la constitucionalización de un sistema educativo preciso, preservando el poder configurador del legislador.

Por su ubicación, el art. 27 CE tiene una enérgica pretensión normativa, dotando de las máximas garantías a esta serie de derechos tan importantes en nuestro sistema Constitucional. Reconociendo así, derechos de prestación y libertades públicas; aunque algunos de los apartados, como el 8º y el 9º, sólo enuncian mandatos a los poderes públicos y no derechos de los ciudadanos.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que el régimen constitucional de la educación no se encuentra sólo en el art. 27 CE, sino también en el art. 20 CE donde se reconoce la libertad de cátedra, y en el art. 10 CE que da cobertura a todo el derecho internacional relacionado con esta materia.

Hemos de señalar que ha sido uno de los derechos que han sufrido un mayor y profundo desarrollo legislativo, que ha estado caracterizado por un considerable enfrentamiento político, y que ha dado lugar a una gran litigiosidad.

##### *Estatuto de Autonomía de Andalucía*

El régimen constitucional de los derechos del ámbito educativo se complementa con las previsiones estatutarias sobre esta materia, de las que destacamos al art. 21 EAA en donde se configura a la educación como derecho autonómico y al art. 52 EAA en donde se establece el régimen competencial sobre dicha materia

En este sentido el art. 21 EAA señala que se garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio. En la misma línea que la Constitución establece que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Concretando los contenidos del art. 16 CE afirma que la

enseñanza pública, conforme al carácter aconfesional del Estado, será laica. Ahora bien, los poderes públicos de la Comunidad tendrán en cuenta las creencias religiosas de la confesión católica y de las restantes confesiones existentes en la sociedad andaluza.

Se garantiza a todos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos. A tal fin se establecerán los correspondientes criterios de admisión, al objeto de garantizarla en condiciones de igualdad y no discriminación.

Respecto de la gratuidad de la enseñanza, ésta se garantiza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil. Todos tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos.

El EAA completa su regulación del derecho a la educación haciendo referencia a la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos, pudiendo hacer la ley extensivo este derecho a otros niveles educativos.

Finaliza el art. 21 regulando el derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente la igualdad entre hombres y mujeres, al necesario reflejo de la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social, a los derechos educativos de las personas con necesidades educativas especiales

Respecto de la distribución competencial en materia educativa corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de enseñanza no universitaria, en relación con las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado, incluidas las enseñanzas de educación infantil, la competencia exclusiva, que incluye la programación y creación de centros públicos, su organización, régimen e inspección, el régimen de becas y ayudas con fondos propios, la evaluación, la garantía de calidad del sistema educativo, la formación del personal docente, de los demás profesionales de la educación y la aprobación de directrices de actuación en materia de recursos humanos, las materias relativas a conocimiento de la cultura andaluza, los servicios educativos y las actividades complementarias y extraescolares, así como la organización de las enseñanzas no presenciales y semipresenciales.

Asimismo, la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre enseñanzas no universitarias que no conduzcan a la obtención de un título académico y profesional estatal. Igualmente, con respecto a las enseñanzas citadas en este apartado la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre los órganos de participación y consulta de los sectores afectados en la programación de la enseñanza en su territorio; y sobre la innovación, investigación y experimentación educativa. Educación

Como competencia compartida, se atribuye a Andalucía el establecimiento de los planes de estudio, incluida la ordenación curricular, el régimen de becas y ayudas estatales, los criterios de admisión de alumnos, la ordenación del sector y de la actividad docente, los requisitos de los centros, el control de la gestión de los centros privados sostenidos con fondos públicos, la adquisición y pérdida de la condición de funcionario docente de la Administración educativa, el desarrollo de sus derechos y deberes básicos, así como la política de personal al servicio de la Administración educativa.

En materia de enseñanza no universitaria, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre la expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales estatales. Finalmente, la Comunidad Autónoma tiene competencias de ejecución en las demás materias educativas.

*Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*

El art. 14 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales reconoce el Derecho a la educación señalando que toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria. En este sentido, establece el derecho comunitario que se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

*Declaración universal de derechos humanos*

En cuanto a la DUDH, el art. 26 nos dice que toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. Dicha instrucción en su nivel elemental será obligatoria, mientras que en su vertiente técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

Y ello en el entendimiento de que la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Finaliza señalando que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

*Antecedentes históricos*

Antes de proseguir con el análisis de la naturaleza del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza, parece oportuno hacer una breve referencia al contenido de algunos textos constitucionales y legislativos que nos faciliten la comprensión de las evoluciones históricas experimentadas.

En la Constitución de la II República española no se hacía alusión expresa a la libertad de enseñanza, aunque sí se reconocía y garantizaba la libertad de cátedra (art. 48), calificada como «derecho del profesor y del alumno al mismo tiempo y que es sagrado y excelso, por lo cual no debe profanarlo el poder público con intromisiones humillantes, ni con la exigencia "de adhesiones incondicionales. Pero, a su vez, la dignidad suprema de la función exige que maestros y discípulos se desposean en la cátedra de todo cuanto no sea serenidad objetiva y culto sincero a la verdad pura» (Pérez, 1932).

En otro lugar del texto se prohibía a las Órdenes religiosas al ejercicio de la enseñanza (art. 26), si bien se reconocía el derecho de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos (art. 48), preceptos que serían desarrollados por la Ley de Congregaciones Religiosas de 2 de junio de 1933, que dedicaba su título IV al ejercicio de la enseñanza por las confesiones religiosas, extendiéndola a la formación de sus ministros y encargando a la inspección del Estado el evitar la enseñanza en tales establecimientos de doctrinas atentatorias a la seguridad de la República (art. 20). Tampoco se recoge en la Constitución republicana la expresión «derecho a la educación», aunque sí se señala que los padres están obligados a educar a sus hijos (artículo 43) y se afirma que el servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, se declara que la enseñanza primaria será gratuita y obligatoria y se manifiesta la intención de facilitar a los económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza (art. 48). Respecto a la libertad de creación de centros, el artículo 49 aludía a que una Ley de Instrucción Pública determinaría «las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los centros privados». En este marco histórico y político, son plenamente significativas las palabras de De Albornoz, miembro del Partido Radical- Socialista, pronunciadas en el Congreso de los Diputados: «La enseñanza, señores diputados, es una función ineludible e indeclinable del Estado..., la libertad de enseñanza no es ni ha sido históricamente un principio liberal... Mirabeau (1931), el gran político de la Revolución, preconiza un sistema de instrucción pública dirigido a formar una conciencia nacional, prohibiendo la enseñanza a todas aquellas corporaciones representativas de intereses particulares. La bandera de la libertad de enseñanza, conviene decirlo aquí, señores diputados, no es sino una bandera clerical» *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 9 de octubre de 1931, tomo III, Madrid. 1933, pp. 1563-1564.

En las Leyes Fundamentales del franquismo se hacía mención del derecho a la educación en el artículo 5.º del Fuero de los Españoles: «Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos...», y en el punto IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional: «Todos los españoles tienen derecho... a una educación general y profesional que nunca podrá dejar de recibirse por falta de medios materiales». No se alude a la libertad de enseñanza, aunque a nivel de legislación ordinaria, y la Ley General de Educación de 1970 puede constituir un buen ejemplo, se reconozca la posibilidad de que las entidades privadas y los particulares puedan promover y sostener centros docentes y el derecho de los padres a elegir centro docente entre los legalmente establecidos (art. 5).

#### *Naturaleza jurídica*

Parece conveniente iniciar este epígrafe teniendo en cuenta la obra de Embid-Irujo (1982) quien utiliza la expresión de «libertades en la enseñanza» como título de su libro, y con ello parece superar la dualidad libertad de enseñanza derecho a la educación, alejándose de planteamientos más conservadores e intentando, mediante una fórmula conceptual amplia, dar respuesta a la complejidad existente en el ámbito de la educación.

Sin embargo, analizando el contenido de la obra, se observa que las referencias a la libertad de enseñanza son predominantes, pudiéndose incluso afirmar que la consideración de tal categoría desde una perspectiva flexible y en gran medida original, constituye el objeto de su investigación. En principio, libertad de enseñanza sería la posibilidad del ciudadano de transmitir los conocimientos que posee, y ello no está vinculado por naturaleza a la fundación de un centro de enseñanza, y en tal toma de posición podemos detectar un claro distanciamiento de aquellas posturas tradicionales y abundantes en nuestro país tendentes a identificar la libertad de enseñanza con la libertad de crear centros docentes. Para Irujo (1982) la libertad de enseñanza sería un supraconcepto del que se derivarían además la libertad de creación de centros, pero también la libertad de cátedra que protege al docente concreto en su actividad (Embid-Irujo, 1982).

La pugna ideológica y de intereses que suele acompañar a todo debate sobre la educación o la enseñanza, se manifiesta no sólo en la preferencia por utilizar determinadas categorías jurídicas (libertad de enseñanza-derecho a la educación), sino, sobre todo, en torno a la determinación de los contenidos que albergan tales formulaciones, y en el modo de superar los conflictos entre derechos, utilizando criterios de integración.

La necesidad de acometer un deslinde conceptual que precise el sentido jurídico de los diversos significantes lingüísticos en relación con la noción de libertad de enseñanza ha sido recogida de modo expreso por nuestro Tribunal Constitucional, y nos referimos en concreto al voto particular formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente al motivo primero de la sentencia sobre el Estatuto de Centros Escolares (STC 77/1985, de 27 de junio). Se afirma en el citado voto particular que el Tribunal «hubiera debido aclarar en los fundamentos jurídicos el sentido de términos ambiguos y los límites de determinados derechos concurrentes entre sí» y que el reconocimiento de la libertad de enseñanza (art. 27.1) supone que «el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un sistema educativo plural regido por la libertad». Tal reconocimiento se expresaría a través de «una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los "valores superiores" de nuestro ordenamiento jurídico: la libertad y el pluralismo».

El respeto al pluralismo y a la libertad ideológica y religiosa de los individuos, junto con la aconfesionalidad del Estado, son las motivaciones que según la sentencia del Tribunal Constitucional exigen una neutralidad ideológica de los centros docentes públicos, entendida sobre todo como renuncia de los profesores a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico.

El párrafo 1º del artículo 27 de nuestro texto constitucional hace referencia tanto al derecho a la educación como al reconocimiento de la libertad de enseñanza a la que, según la fórmula utilizada, parece que se otorga un carácter autónomo de preexistencia. Embid-Irujo (1981) considera a la libertad de enseñanza como una libertad pública, un poder de libre actuación que el Estado debe respetar, sin obstaculizar su disfrute, es decir, una libertad-autonomía en la clásica expresión de Burdeau, conectada con la consideración tradicional de las libertades públicas en cuanto derechos subjetivos



frente al Estado que garantizan un ámbito exento. Partiendo de tal tipología, Embid-Irujo (1982) se manifiesta contrario a la financiación estatal de las libertades públicas, es decir a que la proclamación de las libertades vaya acompañada del reconocimiento de derechos de crédito o prestación, tendente a equiparar a los centros privados de enseñanza con los públicos. En tal sentido es oportuna la cita de la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1981, resolviendo un recurso de amparo frente a la desaparición de un periódico de los Medios de Comunicación Social del Estado: «... son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio, y desde luego no el de transformar en su favor lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación...».

A este respecto, Alzaga (1978), en su comentario al artículo 27 de la Constitución, participa también de la opinión de considerar a la libertad de enseñanza como una libertad pública, pero no reconoce, en cambio, tal carácter al derecho a la educación y consecuentemente critica su inclusión en la sección primera del capítulo II del título primero del texto constitucional, añadiendo que si bien la proclamación del derecho que todos tienen a la educación parece exigir la obligación del Estado de actuar de modo que tal derecho sea una realidad, ello-no debe ser interpretado desde una perspectiva estatista, sino personalista.

A este respecto, Falla (1980) ha escrito que el apartado 1 del artículo 27 garantiza tanto el derecho a exigir una prestación administrativa (derecho a la educación) como el derecho de los propios administrados a impartir enseñanza (libertad de enseñanza), señalando que el hecho de que en un mismo precepto se obligue al Estado a hacer y a abstenerse no debe considerarse como una incongruencia. Por lo demás, Falla entiende que el derecho a la educación podría estar recogido en el capítulo III del título primero.

Si se acepta, como es opinión mayoritaria, el que el derecho a la educación es un típico derecho social, fundamento de pretensiones a exigir un comportamiento o una prestación, puede ser problemática su inserción dentro de la sección dedicada a Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, sobre todo si se pretende acudir a los Tribunales para conseguir ayudas económicas.

Una posible vía para superar esta dificultad sería la (re)elaboración doctrinal y jurisprudencial del contenido del derecho, como parece apuntar Embid-Irujo (1981), quien además alude a la tendencia a superar la dualidad entre libertades públicas y derechos sociales y económicos, al considerar un aspecto social en todos los derechos, reduciendo las diferencias entre los Derechos Fundamentales clásicos y los sociales a una cuestión de grado (Häberle, 1972).

Para un gran sector de la doctrina, el derecho a la educación es un derecho social, no un derecho de libertad o libertad pública que justifique una abstención de intervención por parte de los poderes públicos, sino, por el contrario, título para la exigencia de actividades positivas de prestación, sin olvidar que en nuestro ordenamiento constitucional los derechos sociales «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción

ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» (art. 53.3 CE), sin que tengan directamente un carácter de derechos públicos subjetivos.

En un interesante artículo aparecido en 1979, en el número monográfico de la revista *Persona y Derecho*, dedicado a la libertad de enseñanza, Martínez López-Muñiz centra su aportación en la distinción entre el derecho fundamental a la educación y la libertad (pública) de enseñanza, señalando que el derecho a la educación se halla conectado a la posición jurídica de quien carece de educación o instrucción en una u otra medida, en cuanto titular de facultades de hacer y poderes de exigir para lograr un bien que no posee; así, pues, el objeto de tal derecho no es otro que la recepción de la educación, y su titularidad corresponde a toda persona. La libertad de enseñanza se referiría al derecho a enseñar o a educar, mientras que el derecho a la educación no sería una mera libertad negativa, sino positiva, que se concretaría en una serie de derechos frente a los particulares y frente a los poderes públicos obligados a ciertas prestaciones de dar o de hacer. En relación con la regulación contenida en la Constitución, se critica en este artículo la insuficiente protección jurídica otorgada al derecho fundamental a la educación y el que el reconocimiento de la libertad de enseñanza se efectúe, considerándola como simple libertad formal.

En una línea convergente de pensamiento podemos situar el libro de Ortiz (1980) (*La libertad de enseñanza*), para quien el derecho a la educación se configura como un derecho subjetivo del administrado a recibir educación, prestaciones docentes, si bien en virtud del reconocimiento de la libertad de enseñanza tales prestaciones pueden ser satisfechas no sólo por la Administración, sino también por instituciones educativas privadas, ya que la función educativa del Estado es sustancialmente *garantizadora* (art. 27.5 CE) más que *prestadora*. Ortiz (1980) critica el que junto al derecho a la educación no figure una referencia al deber de la educación (que sí aparecía citado en el texto elaborado por el Informe de la Ponencia), haciendo referencia a la necesidad de subrayar tal matiz «en una época como la actual, inflacionista de derechos y omitidora de deberes» (Ortiz, 1980). La libertad de enseñanza se presenta en el texto citado como una libertad compleja, libertad de libertades, situada en la encrucijada de las libertades de creencia, pensamiento, expresión..., y que implican, además de ámbitos exentos de intromisión, efectos positivos, generando también derechos. La libertad de enseñanza sería una libertad de derecho natural, y el ordenamiento jurídico sancionaría algo preexistente a dicho ordenamiento. Si la satisfacción del derecho a la educación se realizara exclusivamente por parte de los poderes públicos, podría pensarse que la libertad de enseñanza entraría en colisión con el derecho a la educación, al no ser así, Ortiz (1980) se pronuncia a favor de la compatibilidad de ambas figuras jurídicas orientadas, respectivamente, hacia el abstencionismo (libertad) e intervencionismo (derecho) estatal.

Ha de destacarse la opinión de De Puelles (2000) (*Educación e ideología en la España contemporánea*), quien en relación con la cuestión que nos viene ocupando, vincula el derecho a la educación con el principio de igualdad ante la educación, pero asociado o limitado por la libertad de enseñanza, ya que reconocer esta libertad significa aceptar un contrapeso privado al carácter público que se desprende del principio de igualdad; de este modo el deber del Estado de velar por el interés público de la

educación y de garantizar el ejercicio del derecho a la misma mediante las oportunas prestaciones se equilibra con el deber de reconocer un ámbito de actuación para las iniciativas educativas no públicas. La aportación de Puelles (2000), recogida en el apéndice de su obra y dedicada al análisis de la educación en la Constitución de 1978, gira en torno a la noción de servicio público, en la cual lo determinante es el criterio teleológico del interés general (Häberle, 1970), ello permitiría considerar a los centros docentes del Estado y de los restantes poderes públicos como soportes de un servicio público en sentido estricto, mientras que los centros privados podrían acogerse a la figura de servicio público virtual o impropio. La calificación de la educación como servicio público no impediría la libertad de enseñanza, ya que ésta se opone únicamente al monopolio educativo estatal, es decir, a la consideración exclusiva de la educación como servicio público en sentido estricto (Puelles, 1981).

En esta perspectiva, se puede situar la opinión de Villar al afirmar que concebir a la enseñanza como servicio público permite conciliar la libertad de enseñanza con el contenido del derecho a la educación y organizar un sistema que garantice realmente el derecho a la enseñanza, es decir, la exigencia de prestaciones. El autor señala que la utilización de la categoría de servicio público fue la respuesta primordial de la Ley General de Educación a la tensión entre el derecho y la libertad de educación (Villar, 1979). Recordemos la expresión recogida en el artículo 3º de dicha Ley: «La educación que a todos los efectos tendrá la consideración de servicio público...»

No dejemos de tener presente el que en aquellas situaciones en que el Estado monopolizaba el sistema de educación, ejercía «funciones públicas» de enseñanza, y que el reconocimiento del derecho de los particulares a enseñar (libertad de enseñanza), a crear centros privados, y las libertades de los docentes respecto a los contenidos de la enseñanza supondrían el que la enseñanza no fuese una «función pública», convirtiéndose en una actividad de «servicio público», es decir, de organización y predisposición de los medios materiales y personales necesarios para que los fines de la instrucción se pudiesen llevar a cabo.

Finalizamos haciendo referencia a Garrido (1980) quien recoge la afirmación de que la historia de la enseñanza es la historia de su conversión en servicio público, siendo trascendental el que a lo largo del siglo XIX se fuera organizando en nuestro país un sistema educativo en el que determinados niveles de enseñanza se facilitasen a todos los ciudadanos como un derecho y con cargo a fondos públicos; planteándose la cuestión del derecho de los administrados a los servicios públicos, Garrido (1980) indica que no existe un derecho subjetivo al establecimiento del servicio público, pero que cuando está ya establecido, y lo que se solicita es una pretensión concreta, en lo que respecta a la educación, y dada la posición que en nuestro texto constitucional ocupa el derecho a la misma, cabría concluir que tal demanda podría ser jurídicamente exigible.

## REFERENCIAS

Alzaga, O. (1978). *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático*. Madrid.

- Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 9 de octubre de 1931, tomo III, Madrid. 1933, pp. 1563-1564.
- Embid-Irujo, A. (1981). El contenido del derecho a la educación. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 31, 653-681.
- Embid-Irujo, A. (1982). *Las libertades en la enseñanza*. Madrid: Tecnos.
- Garrido, F. (1980). Comentario al artículo 27", *Comentarios a la Constitución*, Madrid. pp. 342-343.
- Haberle, P. (1970). *Öffentliches Interesse" als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Recht-sprechung*. Bad Homburg.
- Haberle, P. (1972) "Grundrechte im Leistungsstaat", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, 43-141.
- Laporta, F.J. (1981). Libertad de enseñanza, Constitución y Estatuto de Centros Docentes. *Revista de Ciencias Sociales*, 40, 39-54.
- Ortiz-Díaz, J. (1980). *La libertad de enseñanza*, Málaga: Servicio de Publicaciones Universidad.
- Pérez-Serrano, N. (1932). *La Constitución Española: Antecedentes. Texto. Comentarios*, Madrid.
- Villar, J.L. (1979). El Derecho a la educación como servicio público. *Revista de Administración Pública*, 88, 155-208.

Recibido: 1 de junio de 2011  
Recepción Modificaciones: 21 de julio de 2011  
Aceptado: 1 de septiembre de 2011