

LA DIMENSIÓN OBJETIVA O PRESTACIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN

Luis Castillo Córdova

I. INTRODUCCIÓN. II. DIMENSIÓN PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. FORMULACIÓN GENERAL EN LA DOCTRINA DEL TC. III. ARTÍCULO 27.4 CE: GRATUIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA BÁSICA. IV. ARTÍCULO 27.5 CE: PROGRAMACIÓN GENERAL DE LA ENSEÑANZA Y CREACIÓN DE CENTROS DE ENSEÑANZA PÚBLICOS. V. ARTÍCULO 27.9 CE: AYUDA PÚBLICA A LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS. 1. *Desarrollo legislativo del derecho*. 2. *Relación entre la ayuda a centros privados y gratuidad de la enseñanza*. 3. *Relación entre ayuda a centros privados y el derecho de todos a la educación*. 4. *Relación entre ayuda a centros privados y libertad de enseñanza*. 5. *Obligaciones del centro beneficiado con ayuda pública*. VI. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo viene a constituir una suerte de complemento de aquel otro titulado *La dimensión subjetiva o de libertad del derecho fundamental a la educación que fue preparado para otra también prestigiosa revista española*¹. En ese trabajo, y con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), se intentó aplicar la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales al derecho fundamental a la educación con la intención de aportar algunos elementos hermenéuticos que permitieran definir, en cada caso concreto, los contornos del contenido constitucional del referido derecho fundamental.

Así, el punto de partida del razonamiento fue la consideración de que a lo largo del artículo 27 CE se recoge un genérico derecho a la educación: “[1]a estrecha conexión de todos estos preceptos [los diez apartados del artículo 27 CE], derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso el derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar”². A partir de aquí se afirmó que la doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales por la cual hay que reconocer en el contenido constitucional de los derechos fundamentales además de un conjunto de facultades de acción, una serie de prestaciones (legislativas, ejecutivas o judiciales) por parte del poder político a favor del titular del derecho, podía perfectamente ser pre-

1 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación*, en “Persona y Derecho”, nº 50, Pamplona 2004, ps. 551-576.

2 STC 86/1985, de 10 de julio, f. j. 3.

dicada del derecho a la educación que, como se ha dicho, está recogido a lo largo de los diez apartados del artículo 27 CE. De esta manera, ese genérico derecho a la educación “incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional”³.

El trabajo antes mencionado se destinó a indagar acerca de cuál podría ser ese “contenido primario de derecho de libertad” que conformaban la dimensión subjetiva o de libertad del genérico derecho a la educación recogido en el artículo 27 CE. Con el presente trabajo se pretende estudiar esa “dimensión prestacional” a la que hace referencia el TC cuando del derecho a la educación se trata. El ámbito prestacional del derecho a la educación no sólo es el que plantea las principales cuestiones –sobre todo en la línea de lo dispuesto por el artículo 9.2 CE–, sino que incluso se puede afirmar que es particularmente importante en la medida que de su adecuada satisfacción depende la de algunos aspectos del ámbito de libertad del mencionado derecho. La primera cuestión que se ha de plantear es, y con base en la norma constitucional, la determinación del contenido jurídico de este ámbito y, la segunda cuestión es, determinar las exigencias que tiene respecto de él el poder público.

Antes de avanzar con la solución de estas cuestiones, es necesario afirmar que si bien se puede hablar de un genérico derecho a la educación, no se puede dejar de advertir que el artículo 27.1 CE, junto a la “libertad de enseñanza”, menciona expresamente también el “derecho a la educación”. Esto viene a significar las siguientes dos consecuencias. Primera, que el artículo 27 CE que –digámoslo una vez más– recoge un derecho a la educación en términos generales, se abre con el expreso reconocimiento tanto de su dimensión de libertad (libertad de enseñanza), como de su dimensión prestacional (derecho a la educación). Segunda, que hay la necesidad de una previa aclaración y acuerdo terminológico. La aclaración es que si para hacer referencia al derecho recogido a lo largo de los diez apartados del artículo 27 CE, se ha empleado la expresión “genérico derecho a la educación”, para referir a la dimensión prestacional y si se quiere emplear el nombre utilizado por el artículo 27.1 CE, no queda otra solución que hablar del “estricto derecho a la educación”. Y el acuerdo consiste en que en este trabajo se aludirá al genérico derecho a la educación simplemente con la expresión “derecho a la educación”, mientras que cuando se quiera hacer referencia al derecho a la educación en sentido estricto, así se hará constar expresamente.

II. DIMENSIÓN PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. FORMULACIÓN GENERAL EN LA DOCTRINA DEL TC

En la tarea de determinación del contenido prestacional del derecho a la educación resulta –como en todo caso de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos– de particular ayuda la doctrina del TC. A este respecto, el mencionado Tribunal no sólo no se ha limitado a reconocer una dimensión social en el derecho a la educación, sino que ha comprometido en ello –como lo hace el texto constitucional en el artículo 9.2 CE– la labor de los poderes públicos. Y, al formular este compromiso, el TC da las pistas necesarias para determinar cual es el contenido prestacional del derecho a la educación.

En efecto, el TC tiene mencionado que “en cuya virtud [de la dimensión prestacional del derecho a la educación] los poderes públicos habrán de promover la efectivi-

³ Ibidem.

dad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 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 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9, de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca”⁴.

De aquí se puede afirmar que, a decir del TC, el ámbito prestacional del derecho a la educación viene definido –al menos desde la lectura del texto constitucional–, por lo dispuesto en el artículo 27.4 CE (gratuidad de la enseñanza básica), y en función de ello y a modo de complemento, por lo dispuesto en los artículos 27.5 CE (programación general de la enseñanza y creación de centros docentes públicos)⁵, y 27.9 CE (ayuda a los centros docentes privados que cumplan los requisitos de ley).

III. ARTÍCULO 27.4 CE: GRATUIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA BÁSICA

El artículo 27.1 CE se inicia proclamando que todos tienen derecho a la educación, afirmación que –según se ha dicho aquí–, hace referencia al derecho a la educación en sentido estricto, es decir, al ámbito social o prestacional del derecho a la educación considerado en términos genéricos⁶. Más adelante, en el artículo 27.4 CE, se establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica⁷. De esta manera, consti-

4 Ibidem.

5 Tendría que agregarse también como parte de esta dimensión objetiva el artículo 27.8 CE por prever una actuación estatal parecida a la prevista en la primera parte del 27.5 CE. Por lo demás, la “inspección y homologación” del sistema educativo está igualmente previsto –qué duda cabe– para un mejor ejercicio de todas las facultades de libertad que recoge el derecho a la educación.

6 Para Climent Barberá, “[d]esde la perspectiva de los poderes públicos, el principio del derecho a la educación no sólo significa el establecimiento de una garantía formal para los ciudadanos; además constituye una habilitación y una obligación constitucionales dirigidas a los poderes públicos para su actuación en el campo educativo, tanto en la cuestión de la regulación legal del mismo, cuanto en la de la actividad prestadora de la enseñanza en sí y en sus distintos niveles. El principio constitucional del derecho a la educación se traduce así en la obligación de los poderes públicos de proporcionar a los ciudadanos los medios para hacer efectivo el derecho fundamental a la educación”. CLIMENT BARBERÁ, Juan. *La libertad de creación de centros docentes en la enseñanza superior*, en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coord), “Diez años de régimen constitucional”, Tecnos, Madrid, 1989, p. 197.

7 El artículo 27.4 CE dice: “[l]a enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Esto no quiere significar que en el sistema educativo necesariamente toda enseñanza básica deba ser gratuita, pues no se impide la existencia de centros privados que puedan dispensarla de manera no gratuita. Lo que sí significa es la puesta a disposición de los estudiantes la posibilidad de acceder libremente a aquellos centros que brinden una enseñanza básica de manera gratuita y, complementariamente, que exista el suficiente número de plazas en los referidos centros de modo que ninguna persona en edad y con la obligación de recibir la enseñanza básica se quede sin ella. Si se concluye una cosa distinta se atenta tanto contra la libertad de los titulares de los centros docentes como de los estudiantes mismos, a no ser que se deduzca del precepto constitucional la obligación de financiar todos los centros de enseñanza básica, sin ningún deber adicional como contraprestación más que proporcionar la educación de manera gratuita, conclusión que está muy lejos de admitirse. Vulnera la libertad del titular del centro en la medida en que, tal como está configurado constitucional y legalmente los mecanismos de ayuda pública a favor de los centros docentes privados (artículo 27.9 CE), se les estaría obligando a adoptar la forma de conciertos educativos con todas las cargas que ello le puede suponer. Y se vulnera la libertad del estudiante en tanto se le obliga a acudir sólo a centros públicos o privados concertados. Por otro lado, el pleno respeto al principio de pluralidad exige, como lo prevé la actual legislación, la posibilidad de que existan centros privados que no adopten el sistema de conciertos. Por lo demás, este es el criterio de las normas internacionales que, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dispone simplemente la existencia y asequibilidad de una enseñanza gratuita, más no su imposición. Así dice el referido Pacto en su artículo 13.2: “[l]os Estados en el presente Pacto reconocen

tucionalmente queda establecido que a determinado nivel de la organización educativa –el calificado como “básica” por el legislador constituyente y definido en cuanto a su contenido por el legislador orgánico⁸– la educación deja de ser sólo un derecho del cual pueden disponer o renunciar su titular, para pasar a ser un deber⁹. El punto de partida, pues, de las cuestiones que pueda plantear el artículo 27.4 CE es la obligatoriedad de la enseñanza básica, y es a partir de esta obligatoriedad que se entiende el mandato de gratuidad de la misma.

Adoptar este punto de partida exige tomar en consideración la siguiente doble significación. En primer lugar, la obligatoriedad de la educación básica no sólo significa la configuración constitucional de un deber para los titulares del derecho a la educación, sino que además –y en segundo lugar–, significa el mandato constitucional al poder público de realizar actos dirigidos tanto a posibilitar como a fiscalizar el cumplimiento del referido deber. Sin embargo, inmediatamente se debe afirmar que la existencia de este deber no puede ser visto como una restricción a la libertad de educarse (ni consecuentemente al derecho a la educación).

En efecto, el contenido constitucionalmente reconocido del derecho a la educación –en el caso del ordenamiento jurídico español– no abarca la posibilidad de no educarse a un nivel básico. Dicho de otro modo, el contenido constitucional del derecho a la educación incluye la obligatoriedad en la educación básica¹⁰. Así, cuando el poder público (a través de cualquiera de sus instancias), por ejemplo, obligue a la escolarización de una persona, no restringe indebidamente el ámbito de su libertad, sino que por el contrario, está siendo consecuente con un determinado contenido constitucional de un derecho, el derecho a la educación. La obligatoriedad en la educación es exigida por el interés social comprometido en la formación de los miembros de una determinada comunidad política, es decir, por razón del bien común¹¹.

que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente”. De modo que se debe coincidir con De los Mozos, para quien “el que todos los educandos tengan derecho a una enseñanza básica en condiciones de gratuidad no obligaría a que todos los centros privados fueran gratuitos en el nivel obligatorio, pues el derecho a elegir centro de enseñanza no es –ni puede ser– ilimitado, porque está sujeto a las posibilidades reales de la oferta educativa o iniciativa escolar”. DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel. *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo S. A., Madrid, 1995.

8 El legislador ha definido lo que se ha de entender por enseñanza básica en la Ley orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, Ley que regula la calidad de la enseñanza (LOCE). En ella se ha establecido que “la enseñanza básica comprende la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria” (artículo 9.1 LOCE).

9 Como ha manifestado Salguero en referencia al artículo 27.4 CE, “[e]ste precepto constitucional impone un deber público general y al mismo tiempo un derecho irrenunciable de todos los ciudadanos”. SALGUERO, Miguel. *El derecho a la educación*, en BETEGÓN, Jerónimo y otros (coordinadores), “Constitución y Derechos Fundamentales”, Ministerio de la Presidencia – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 805.

10 La educación básica es un deber desde los 6 años hasta los 16 años. Se ha dispuesto que “[l]a enseñanza básica incluye diez años de escolaridad. Se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis” (artículo 9.2 LOCE). A partir de los 16 hasta los 18 años, la educación básica se convierte sólo como un derecho y deja de ser obligatoria. Así, se establece que “los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, en las condiciones establecidas en la presente Ley” (artículo 9.3 LOCE). Consecuentemente, “ni el adulto analfabeto está obligado a la enseñanza básica, ni la obligación afecta al niño más allá de la edad establecida, cualquiera que sea el nivel que en este tiempo haya alcanzado”. LORENZO VÁZQUEZ, Paloma. *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 36.

11 Para Martínez López-Muñiz, “esa enseñanza [básica] se impone a todos como obligatoria porque toda la sociedad se beneficia de ello y necesita cabalmente que todos los ciudadanos la reciban. La educación obligatoria es un derecho de los educandos, de cada uno de ellos, pero es también por así decirlo un derecho de la sociedad entera a la que el Poder público representa”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis. *La educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)*, en “Persona y Derecho”, nº 6, 1979, ps. 261–262.

Debido al importante papel que la educación juega en el perfeccionamiento humano y en el desarrollo social, se hace imprescindible que todos los miembros de una comunidad accedan a un determinado nivel educativo, al menos en este caso, al que en un momento determinado sea considerado como mínimo necesario para el logro de ese interés personal y social¹². De ahí que queda plenamente justificada la previsión normativa al más alto nivel jurídico (al nivel constitucional) de la obligación de acudir a lo que en un momento concreto se defina como educación básica, y complementariamente la habilitación constitucional para que el poder público pueda obligar a ello¹³.

Por lo demás, el libre desarrollo de la personalidad considerada tanto como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE) y como finalidad constitucionalmente prevista a la labor educativa (artículo 27.2 CE) es una razón adicional para exigir que todos tengan un efectivo acceso al menos a un mínimo nivel educativo¹⁴, justamente aquel mínimo necesario que le permita un efectivo desarrollo de la personalidad. Y aunque parezca una paradoja, la imposición del deber de educarse al menos en un nivel básico, contribuye efectivamente a fomentar la libertad del hombre, en la medida que el nivel básico está pensado precisamente para una etapa de la persona en la cual la característica principal es su poca preparación y conciencia de las cosas, en buena cuenta, su ignorancia¹⁵.

La configuración constitucional de la educación básica como obligatoria no sólo supone la habilitación constitucional al poder público para que realice actos dirigidos a exigir el cumplimiento de un deber, sino que además supone la obligación de éste de

12 Por eso es que respecto de la educación primaria se pueda leer que “[l]a finalidad de la Educación Primaria es facilitar a los alumnos los aprendizajes de la expresión y comprensión oral, la lectura, la escritura, el cálculo, la adquisición de nociones básicas de la cultura, y el hábito de convivencia así como los de estudio y trabajo, con el fin de garantizar una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de la personalidad de los alumnos” (artículo 15.1 LOCE). Y respecto de la educación secundaria obligatoria, se ha dispuesto que su finalidad es “transmitir a los alumnos los elementos básicos de la cultura, especialmente en sus aspectos científico, tecnológico y humanístico; afianzar en ellos hábitos de estudio y trabajo que favorezcan el aprendizaje autónomo y el desarrollo de sus capacidades; formarlos para que asuman sus deberes y ejerzan sus derechos y prepararlos para su incorporación a estudios posteriores y para su inserción laboral” (artículo 22.1 LOCE).

13 La habilitación que tiene el poder público, como bien lo pone de manifiesto Martínez López-Muñiz, no significa la consiguiente habilitación (al poder público) para que él y sólo él proporcione la educación básica, situación que viene frontalmente negada por el principio de libertad y pluralidad en el sistema educativo: “la potestad que tiene el Estado de hacer cumplir la obligación de recibir la educación básica no es ni equivale a potestad y derecho a enseñar. Se trata de dos potestades bien distintas, que en modo alguno deben confundirse. La primera debe llevar al Estado a imponer a todos una norma. La segunda no autoriza a imponer la enseñanza que puede organizar o dispensar directamente el Estado (...). Lo que, según la Constitución, es obligatorio es recibir la enseñanza básica. Y eso es lo que deben garantizar los Poderes públicos. No es obligatoria, en cambio, la enseñanza que puedan organizar esos mismos Poderes públicos a ese nivel”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis. *La educación en...*, cit., p. 244.

14 En este sentido se manifiesta De los Mozos, quien luego de expresar que la razón del derecho-deber de recibir la enseñanza básica reside en la finalidad de la educación prevista en el artículo 27.2 CE, ha escrito que “por una parte, la educación pretende integrar a los hombres en la vida social –pues, en ella es donde desarrolla sus fines personales– y, por ello, debe transmitir principios democráticos de convivencia; por otra parte, la educación debe recibirse en el pleno respeto a los derechos y libertades, por tanto, debe recibirse en *libertad*. Estos dos aspectos teleológicos de la educación constituyen, claramente, el fundamento del derecho-deber de recibir la enseñanza básica”. DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel. *Educación en libertad...*, cit., p. 153.

15 Se debe compartir el parecer de Fernández-Miranda Campoamor, para quien precisamente la situación de ignorancia que acompaña al hombre en sus primeros años debe ser superada para posibilitar una plena libertad: “[l]a obligatoriedad de la enseñanza es, aunque parezca paradójico, consecuencia de la consideración de la libertad como fundamento del Estado, y esto es importante advertirlo porque nos ayudará a perfilar el alcance de la obligación. La presunción de que el niño no es un ser formado, y de que sus posibilidades de ser libre dependen del desarrollo de su personalidad, del que la educación es instrumento esencial, es lo que justifica la imposición coactiva”. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, ps. 46-47.

realizar los actos necesarios para posibilitar el cumplimiento del deber¹⁶. Estos actos se manifestarán principalmente –aunque no exclusivamente¹⁷–, en prestaciones o ayudas económicas, que tengan como destinatario directo o indirecto a los titulares del derecho–deber¹⁸; aunque teniendo en cuenta que “el derecho a la educación –a la educación gratuita en la enseñanza básica– no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales”¹⁹.

Las referidas prestaciones o ayudas son necesarias debido al dato incuestionable de la existencia de limitaciones y dificultades fácticas en el acceso a la educación, ya sea por cuestiones de costo económico en la contratación del servicio²⁰, ya sea por cuestiones de espacio o plazas en el sistema educativo. Y es que “[c]omo compensación a este derecho [de la sociedad a que todos sus miembros reciban una educación básica] debe ser toda la sociedad quien corra con los gastos”²¹. De esta manera, el derecho a la educación básica adquiere un particular contenido prestacional en la medida que el poder público adquiere la obligación de ayudar a solventar las dificultades que puedan presentarse en el cumplimiento de lo que el Constituyente ha configurado como un deber.

Es decir, adquiere la obligación de hacer posible que todos tengan efectivamente la posibilidad de acceder a la educación en los niveles declarados obligatorios. Y –para lo que ahora interesa– tal carga prestacional se manifiesta en posibilitar la gratuidad de la enseñanza básica²². Así queda también plenamente justificado el carácter gratuito que el Constituyente español ha previsto para la educación básica definida previamente como obligatoria, en la medida que la gratuidad se convierte en la contrapartida necesaria de la obligatoriedad.

Si bien se puede afirmar que la gratuidad de la enseñanza básica de alguna manera es manifestación del artículo 9.2 CE, ante todo es una exigencia de haberse declarado obligatoria la enseñanza básica. En sentido estricto la enseñanza básica es gratuita no por básica sino por obligatoria²³. Esto no quiere significar que lo no califi-

16 Es así que bien se dice cuando se afirma que la calificación de obligatoria y gratuita de la educación básica, “no consiste sólo en el derecho a recibir una enseñanza básica gratuita o en el deber de educarse, sino también en un deber de los poderes públicos para hacer efectivo este derecho, organizando la gratuidad tanto en centros públicos como en los privados concertados”. SALGUERO, Miguel. *El derecho a la educación...*, cit., p. 806.

17 Piénsese que el poder político tiene atribuidas funciones legislativas, judiciales y ejecutivas, y de ellas puede igualmente provenir la actuación estatal.

18 Ejemplo de ayudas directas pueden ser las becas de estudio a las que se refiere el artículo 4 LOCE; y ejemplo de ayudas indirectas son los conciertos educativos previstos en los artículos 75 y 76 LOCE.

19 STC 86/1985, cit., f. j. 4.

20 Refiriéndose al derecho a la educación, Martínez López–Muñiz ha dicho que “[e]se derecho prestacional se califica de ‘social’ (...) por cuanto, excediendo la pura y formal garantía de ámbitos de libertad, responde a la convicción de que, siendo la educación un bien fundamental para todo ser humano en su dignidad personal, la solidaridad social –voluntaria o coactiva– no puede dejar de acudir a proporcionárselo en niveles suficientes a todas las personas y muy especialmente a aquellas que tengan menos posibilidades reales de recibirlo efectivamente en razón de sus circunstancias de deficiencia económica o de otro tipo”. MARTÍNEZ LÓPEZ–MUÑIZ, José Luis. *El art. 27 de la Constitución: Análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVII, Madrid 1993, p. 37.

21 MARTÍNEZ LÓPEZ–MUÑIZ, José Luis. *La educación en...*, cit., p. 262.

22 El deber de posibilitar la gratuidad en la enseñanza lo lleva a cabo el poder público a través de la financiación de centros de enseñanza, ya sea de manera total (escuelas públicas), ya de modo parcial (centros concertados).

23 De esta manera, “[l]a gratuidad es el instrumento por el que se garantiza la obligatoriedad en el sentido de que la enseñanza básica es gratuita por ser obligatoria, y siendo obligatoria para todos también será gratuita para todos, aunque sólo se garantice efectivamente en los centros públicos y concertados”. SALGUERO, Miguel. *El derecho a la educación...*, cit., p. 805.

cado como obligatorio no sea pasible de financiación pública para que se brinde de manera gratuita. Por el contrario, permite que el Estado ofrezca educación no básica de modo gratuito, o que —en virtud del artículo 27.9 CE— prevea la posibilidad de financiar centros privados para que ofrezcan una educación no básica también gratuita. Lo que sí supone es que constitucionalmente nace un derecho subjetivo a la gratuidad sólo de la enseñanza básica²⁴.

IV. ARTÍCULO 27.5 CE: PROGRAMACIÓN GENERAL DE LA ENSEÑANZA Y CREACIÓN DE CENTROS DE ENSEÑANZA PÚBLICOS

Según se dijo, se concluye de la doctrina del TC que la programación general de la enseñanza y la creación de centros docentes a cargo del poder público (artículo 27.5 CE) forman parte del contenido constitucional en su dimensión objetiva o prestacional del derecho a la educación. Para intentar argumentar esta conclusión, se debe abordar aunque brevemente, la justificación de esta doble exigencia asignada al poder público. Debido a la importancia del fenómeno educativo en el logro del interés tanto personal como social, se ha justificado plenamente la configuración constitucional de la educación básica como obligatoria y a la vez gratuita. Además, la mencionada importancia exige la presencia estatal en la organización del sistema educativo y en el planeamiento de las grandes directrices de acción que los distintos centros docentes deben seguir.

Desde un punto de vista negativo, esta presencia debe sujetarse estrictamente a las exigencias constitucionales o legales existentes, sobre todo las referidas a los principios de libertad y pluralidad, así como al respeto de los distintos derechos y libertades de todos los sujetos de la relación educacional; y desde un punto de vista positivo, debe estar dirigida a hacer realidad los distintos principios constitucionales en el sistema educativo, fundamentalmente el que, recogido en el artículo 27.2 CE define la finalidad de toda labor educativa. En uno u otro caso, esta presencia no puede ser utilizada como vía o mecanismo para obtener una indebida influencia sobre la actividad educativa²⁵. Por lo demás, esta labor de organización y planeamiento debe realizarse respecto de todo el sistema educativo y no solamente en lo concerniente a la educación básica o sólo respecto de los centros públicos.

Y también, como consecuencia de la importancia personal y social de la educación que se ha venido comentando, se permite que el poder público sea el titular de centros docentes. El ejercicio de la capacidad jurídica del poder público para crear centros de enseñanza puede contribuir de modo efectivo al logro de los fines de la gratuidad y de la pluralidad en la enseñanza. De ahí que esta capacidad sólo deba manifestarse en lo estrictamente necesario para favorecer la plena vigencia de estos fines. Por tanto, gratuidad y pluralismo se convierten en la justificación que tiene el Estado para concurrir

24 Como ha afirmado Martínez López–Muñiz “[s]ólo en este nivel [de enseñanza básica] el derecho a la educación como derecho prestacional es un derecho público subjetivo pleno e incondicionado que debe ser garantizado como tal por los poderes públicos a todos los ciudadanos —y aún a todos los habitantes”. MARTÍNEZ LÓPEZ–MUNÍZ, José Luis. *El art. 27...*, cit., p. 43.

25 Fundamentalmente se trata de una labor de organización y fiscalización del sistema educativo, ya sea a través de una labor normativa o simplemente administrativa según corresponda. En uno y otro caso, los parámetros de actuación del poder estatal serán especialmente jurídicos y técnicos. Para ello debe tenerse en cuenta que el artículo 27.8 CE ha establecido que “[l]os poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes”.

con los particulares en la titularidad de centros docentes²⁶, es decir, la habilitación del poder público para crear centros de enseñanza no tiene la calidad de esencial, sino que es sólo instrumental²⁷.

El poder estatal tendría al menos las siguientes tres formas para intervenir en el campo de la enseñanza básica a fin de lograr su gratuidad. Primera, monopolizando la educación básica y por tanto suministrándola exclusivamente él de modo gratuito. Segunda, destinando paulatinamente todos los recursos económicos hacia ayudas para las escuelas privadas, y abandonando progresivamente la titularidad de centros de enseñanza, hasta hacerlo completamente una vez que se ha llegado a configurar un sistema educativo en el cual las escuelas privadas se basten ellas mismas para lograr la finalidad educativa. Y tercera, una propuesta mixta en la que el poder público es titular de determinados centros en los que ofrece una educación gratuita, y a la vez no deja de subvencionar a determinados centros educativos privados a condición –entre otras– que ofrezcan también una educación básica gratuita.

Esta tercera posibilidad supone la presencia constante del poder estatal en la creación de centros y en la oferta de enseñanza, pero a la vez supone también la ayuda a centros docentes privados. Cuestión distinta y harto discutible –que no se abordará aquí– es la referente a la intensidad tanto en la actuación directa del poder estatal en la educación, como en la ayuda a los centros privados de enseñanza. Si en el sistema educativo español sólo se hubiese reconocido la igualdad en el acceso a la educación y no la libertad y el pluralismo educativos, entonces estaría constitucionalmente justificado que el poder público adoptase la primera de las tres alternativas antes mencionadas. Pero, la libertad y el pluralismo deben estar necesariamente presentes en el sistema educativo, por tanto, la primera de las posibles formas de intervenir queda totalmente descartada. Por otro lado, habrán razones para argumentar a favor y/o en contra de las otras dos formas de intervención, ambas constitucionalmente posibles y que dependerán fundamentalmente del concepto que se tenga de Estado y consecuentemente del alcance y finalidad de su actuación en la sociedad²⁸.

Así pues, y en lo que respecta al artículo 27.5 CE, la presencia del poder estatal se manifiesta tanto en la programación de la enseñanza, como en la creación de centros docentes, aunque cuestión distinta, que tampoco se abordará aquí, es la del alcance y magnitud de esa presencia. Como ya se dijo, el cumplimiento estatal del doble deber recogido en el artículo 27.5 CE tiene su justificación en la importancia de la educación y en la necesidad de que el desenvolvimiento de la misma se realice como manifiesta-

26 Como se tendrá oportunidad de constatar más adelante, la gratuidad y el pluralismo son también la justificación del mandato de ayuda pública a los centros docentes privados que recoge el artículo 27.9 CE.

27 Así, para De los Mozos, “[l]os poderes públicos, de acuerdo con la naturaleza libre de la actividad educativa, no deberían poder suplantar a la iniciativa escolar privada, ni concurrir con ella en diferentes condiciones económicas (...). La facultad pública de crear centros de enseñanza se dirige a asegurar el derecho de todos a la educación, por lo que únicamente tendrá sentido si la oferta escolar privada es insuficiente para atender toda la demanda escolar”. DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel. *Educación en libertad...*, cit., p. 92

28 Pueden encontrarse posturas dispares como la de De los Mozos y la de De Esteban. La primera afirma que “el deber de los Poderes públicos de garantizar el derecho a la educación no consiste, primariamente, en ofrecer puestos escolares públicos sino en garantizar la libertad en la enseñanza [entiéndase fundamentalmente posibilitar la creación de centros privados de enseñanza]”. DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel. *Educación en libertad...*, cit., p. 283. Mientras que el segundo interpreta que “la Constitución prescribe, pues, un deber primario a los poderes públicos de suministrar puestos escolares públicos a todos los que pretendan su acceso a ellos. La ayuda a otros centros docentes es permitida, pero, de acuerdo con el espíritu de la Constitución, sólo en un plano secundario, una vez satisfechas totalmente las necesidades de puestos escolares públicos”. DE ESTEBAN, Jorge y LÓPEZ GUERRA, Luis. *El régimen constitucional español*, T-II, Labor, Barcelona, 1984, p. 335.

ción de los distintos principios constitucionales. Pero, ¿supone todo ello un carácter prestacional en el artículo 27.5 CE?

No hay problema para reconocer este artículo como una norma de carácter prestacional, al menos en lo dispuesto en su segunda parte. En efecto, la creación de escuelas por parte del poder público, es un acto indiscutiblemente prestacional en la medida que con ello se posibilita la entrega de un servicio a través del cual se tiende a satisfacer el derecho de todos a la educación; y además de constituir una de las formas que tiene el Estado para hacer efectivo otra disposición (también de carácter prestacional) a la cual está íntimamente relacionada: la que recoge la enseñanza básica como gratuita.

Por otra parte, no tendría porqué haber inconveniente en atribuirle también un carácter prestacional a la obligación estatal de programar la enseñanza, aunque de manera general. Una concepción amplia de lo que se debe entender por dimensión prestacional de un derecho fundamental, es aquella que permite incluir como prestación debida toda obligación de hacer o dar que tiene el poder público en cualquiera de sus funciones (legislativa, judicial y administrativa) para hacer efectiva la vigencia del derecho fundamental. Sobre la base de tal concepción, puede incluirse la primera parte del artículo 27.5 CE dentro del contenido prestacional del derecho a la educación, en la medida que sin la programación general de la enseñanza a la que se refiere el mencionado artículo constitucional y tal como está planteado el actual sistema educativo, sería imposible la plena satisfacción del derecho a la educación.

V. ARTÍCULO 27.9 CE: AYUDA PÚBLICA A LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS

1. Desarrollo legislativo del derecho

También está incluido como parte del contenido prestacional del derecho a la educación, según se pudo adelantar en el pronunciamiento del TC, la ayuda que los poderes públicos deben dispensar a los centros docentes privados que cumplan los requisitos que disponga la ley (artículo 27.9 CE), de modo que no todo centro privado por el sólo hecho de serlo tiene derecho a ayuda pública²⁹. Respecto al desarrollo legislativo que supone este derecho, ha recordado el TC que el legislador no es enteramente libre para establecer el marco normativo de ayuda a los centros docentes que la norma constitucional prevé, a pesar de que se disponga que la ayuda estará en función de los requisitos que se establezcan por ley; sino que, por el contrario, la actividad de desarrollo del precepto constitucional debe ajustarse necesariamente a ciertos parámetros –“otros principios, valores o mandatos constitucionales”³⁰– que brotan del mismo texto constitucional, y que son exigibles debido a la consideración de la Constitución como norma jurídica fundamental³¹.

²⁹ La exigencia de unos determinados requisitos para ser beneficiarios de la ayuda pública, ya impide que todos los centros docentes por el sólo hecho de ser tales, tengan el derecho a recibirla: “tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar (...) que del art. 27, núm. 9, de la C. E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes sólo por el hecho de serlo”. STC 77/1985, de 27 de junio, f. j. 11.

³⁰ Ibidem.

³¹ En un sentido semejante se pronunció el TC en lo referido al derecho de participación en el control y gestión de los centros sostenidos por la administración con fondos públicos (27.7 CE): “[e]l artículo 27 de la Constitución (...) atribuye a elementos determinados de la comunidad educativa un derecho a intervenir ‘en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los

Estos parámetros fueron formulados inicialmente de manera genérica por el TC al afirmar que la labor de concreción del precepto constitucional debe sujetarse a los distintos preceptos constitucionales involucrados a través de una interpretación sistemática de la Constitución: “que el precepto constitucional que se expresa en los términos ‘los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca’ no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda, ya que, como señala el artículo 9 de la CE, ‘los poderes públicos están sujetos a la Constitución’ y, por ello, los preceptos de ésta (expuestos o no, como en este caso, en forma imperativa) tienen fuerza vinculante para ellos”³².

Posteriormente estos parámetros fueron concretados y especificados por el TC al declarar que la ley de desarrollo del artículo 27.9 CE debía sujetarse, al menos, a las tres siguientes exigencias. En primer lugar, no podía contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y, habría que agregar, a ninguna otra libertad o derecho fundamental. En segundo lugar, debía sujetarse a los requerimientos propios del principio de igualdad; y, en tercer lugar, debía respetar las pautas orientadoras del gasto público.

Así dijo el Alto Tribunal: “[e]l que en el artículo 27.9 [CE] 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 artículo 27.9 [CE] 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 respeto 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 (artículos 1.1, 9.2, y 31.2, principalmente)”³³.

De esta manera, “[e]l legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar, no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece”³⁴.

Una lectura rápida del artículo 27.9 CE pareciera darle al legislador plena libertad en su labor de desarrollar legislativamente el citado precepto constitucional. Pero su

términos que la ley establezca’. La fórmula es extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador no sólo la determinación de lo que haya de entenderse por ‘centros sostenidos con fondos públicos’, sino también la definición de los términos, es decir, del alcance, del procedimiento y de las consecuencias que hayan de darse a la intervención ‘en el control y gestión’. En el ejercicio de esa libertad, el legislador no tiene otros límites que el genérico que le impone el artículo 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado, y el que deriva de las reservas de ley contenidas tanto en dicho precepto como en el artículo 81.1 [CE]”. STC 5/1981, de 13 de febrero, f. j. 15.

32 STC 77/1985, cit., f. j. 11.

33 STC 86/1985, de 10 de julio, f. j. 3.

34 STC 77/1985, cit., f. j. 11. Repárese en que todos estos nombrados factores son de naturaleza negativa, sin que sirva para indicar qué concretos requisitos y ayudas debe prever el legislador. Esto supone que en este caso no pueda utilizarse la figura del “contenido mínimo”, como hizo antes el TC para el artículo 27.7 CE. Así, en referencia a este dispositivo constitucional, el TC tiene declarado que “cuando se opera con una ‘reserva de configuración legal’ es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y complementado por el legislador”. STC 254/1993, de 20 de julio, f. j. 6.

lectura atenta y sistemática, niega que se trate de un precepto sin contenido constitucional exigible y, por tanto, a negar que en la práctica no habría nada efectivo que vincule al Parlamento en su tarea legislativa. El legislador no puede –por ejemplo– optar por un sistema que no contemple las ayudas de los poderes públicos a los centros docentes privados; o lo que es lo mismo, no podrá disponer un sistema de ayudas (con requisitos particularmente difíciles de superar) que en la práctica no suponga beneficio real alguno a los centros privados, o no lo suponga en los términos mínimos para favorecer no ya la existencia de centros docentes concretos, sino la existencia de un efectivo pluralismo educativo y la igualdad en el disfrute –en este caso– de los derechos educativos, como el de recibir educación básica de forma gratuita (artículo 27.4 CE) o el de crear centros docentes (artículo 27.6 CE)³⁵.

2. Relación entre la ayuda a centros privados y gratuidad de la enseñanza

En la relación que el apartado 9 del artículo 27 CE guarda con otros apartados del mismo artículo puede encontrar la justificación constitucional de que se haya previsto ayuda a los centros privados. En primer lugar existe una relación muy estrecha con el artículo 27.4 CE, en el cual –como se ha comentado– se recoge el derecho–deber de la enseñanza básica. De esta manera, es posible afirmar que la ayuda pública a los centros de enseñanza privados encuentra al menos parte de su justificación en la previa proclamación de la gratuidad de la enseñanza básica. Incluso, e independientemente de cual haya sido la voluntad del legislador constituyente, es indiscutible que la ayuda pública prevista para los centros docentes privados constituye un mecanismo constitucional con plena virtualidad para hacer efectiva la gratuidad (y por tanto la obligatoriedad) de la enseñanza básica³⁶. Es decir, se puede –como de hecho lo ha dispuesto el legislador orgánico³⁷– supeditar la recepción de la ayuda pública a la que hace referencia el artículo 27.9 CE, al consecuente cumplimiento de una serie de deberes, entre ellos el dispensar una educación básica de modo gratuito³⁸.

Esta supeditación, en modo alguno sería inconstitucional, no sólo porque el mismo artículo 27.9 CE prevé el otorgamiento de la ayuda después que se hayan satis-

35 Actualmente se dispone que “[l]os centros privados que, en orden a la prestación del servicio de interés público de la educación y a la libertad de elección de centro, impartan las enseñanzas declaradas gratuitas en la presente Ley, podrán acogerse al régimen de conciertos siempre que así lo soliciten y reúnan los requisitos previstos en las leyes educativas. A tal efecto, los citados centros deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el pertinente concierto” (artículo 75.1 LOCE). Cfr. artículos 75 y 76 LOCE.

36 Tal como está redactado el artículo 27.9 CE podría incluso afirmarse que la finalidad del legislador constituyente –en aplicación del mandato contenido en el artículo 9.2 CE– está en favorecer la libertad de enseñanza en su expresión de libertad de creación de centros.

37 En el artículo 51.1 de la Ley orgánica 8/1985, Reguladora del sistema educativo (LODE) se ha dispuesto que “[e]l régimen de conciertos que se establece en el presente Título implica, por parte de los titulares de los centros, la obligación de impartir gratuitamente las enseñanzas objeto de los mismos”.

38 Esto no significa que la ayuda que el legislador pueda prever en función del artículo 27.9 CE se limite exclusivamente a los centros privados que oferte una enseñanza básica. El legislador tiene la posibilidad de hacer extensiva la ayuda a otros niveles educacionales, siempre –claro está– que los requisitos que se exijan no vulneren –entre otros– principios constitucionales como los de libertad e igualdad: “[e]sta especificación [por la que se prevé la ayuda pública a los centros que dispensen enseñanza básica] no supone, en los términos del artículo impugnado [47.1 del proyecto de la LODE], que se excluya en forma alguna toda ayuda estatal al resto de los Centros privados, esto es, a los que impartan enseñanzas de un nivel distinto del básico (...). Incluso, la disposición adicional tercera del proyecto prevé la posibilidad de que se acojan al régimen de conciertos, mediante acuerdos singulares, ‘los Centros privados de niveles no obligatorios que en la fecha de promulgación de esta Ley estén sostenidos total o parcialmente con fondos públicos’”. STC 77/1985, cit., f. j. 11.

fecho plenamente los requisitos que la ley establezca (pudiendo perfectamente ser uno de ellos la obligación de proporcionar educación gratuita); sino también porque el configurar esta supeditación como una condición para recibir la ayuda pública resulta plenamente razonable, en la medida que actúa como una suerte de contraprestación y, por tanto, de justificación de la entrega de la ayuda: el poder público ayuda al centro privado en tanto éste a su vez le ayude a lograr el cometido de una enseñanza básica gratuita.

3. Relación entre ayuda a centros privados y el derecho de todos a la educación

Una segunda relación que se podría establecer es entre el mandato de ayuda pública prevista en el artículo 27.9 CE, y la disposición de que “todos tienen derecho a la educación” que recoge en la primera parte del artículo 27.1 CE, el cual, como ya se dijo, hace referencia al derecho a la educación en sentido estricto o, lo que es lo mismo, a la dimensión prestacional del derecho a la educación en sentido genérico. Este derecho o dimensión no se agota con lo dispuesto en los apartados 4, 5 y 9 del artículo 27 CE, sino que tiene un contenido propio, el mismo que no podrá entenderse al margen del contenido prestacional expresado en los referidos apartados del artículo 27 CE.

En efecto, al disponerse que todos tenemos derecho a la educación, el Constituyente ha querido significar la obligación del poder público de posibilitar el acceso y la permanencia de los potenciales estudiantes en los distintos niveles educativos; y ha concretado para los niveles básicos –como no lo ha hecho para los demás niveles– que tal acceso debe hacerse de modo obligatorio y gratuito. Debido precisamente al derecho a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE, las obligaciones de programar la educación y la de crear escuelas (artículo 27.5 CE), así como la de brindar ayuda pública a los centros privados (artículo 27.9 CE), no se limitan a actuar sólo sobre el nivel educativo básico, sino que su eficacia se extiende también hacia los niveles educativos no básicos. De modo que parte del contenido o significado de lo denominado aquí como derecho a la educación en sentido estricto y recogido en la primera parte del artículo 27.1 CE, es extender los beneficios –para lo que ahora interesa– de los artículos 27.5 CE y 27.9 CE a todos los niveles de educación. Y es que –no debe olvidarse– se trata de la dimensión objetiva o prestacional del genérico derecho a la educación.

De esta manera, la relación entre el artículo 27.9 CE y la primera parte del artículo 27.1 CE (“todos tienen derecho a la educación”), significa que el poder público tiene la obligación de ayudar no sólo a los centros de enseñanza privados que impartan una educación básica, sino que esa ayuda deberá extenderse también hacia los niveles no básicos de educación privada³⁹, siempre y cuando se verifiquen los respectivos requisitos que prevea la ley respectiva, que –evidentemente– deberá tener en cuenta las concretas posibilidades económicas del Estado, así como la plena satisfacción de la exigencia constitucional de la gratuidad al nivel básico.

Esto, se puede afirmar, es posible concluir directamente del artículo 27.9 CE sin necesidad de acudir a interpretarlo conjuntamente con el artículo 27.1 CE, en la medida que la primera de las normas mencionadas no circunscribe o limita la ayuda pública

³⁹ Así De los Mozos, cuando afirma que “existe un deber genérico de los Poderes públicos de financiar la educación y la enseñanza, que deriva del principio general establecido en el artículo 9-2 de la Constitución. En el ámbito propio de la educación –artículo 27 de la Constitución–, el citado derecho se desprende de lo dispuesto en el número 1: ‘[t]odos tienen derecho a la educación’”. DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel. *Educación en libertad...* cit., ps. 213–214.

sólo a los centros privados que ofrezcan enseñanza básica. Eso es verdad, pero se llegaría a esa conclusión sólo con una interpretación generosa y amplia de lo prescrito en el artículo 27.9 CE. De modo que si se repara en que tal interpretación no siempre estará presente en la mente del legislador encargado de desarrollar legislativamente el precepto constitucional, y que éste tiene la puerta abierta para que dentro de los amplios márgenes que el Constituyente le ha previsto (recuérdese que el mandato constitucional del artículo 27.9 se completa supeditando la ayuda al cumplimiento de “los requisitos que la ley establezca”) pueda disponer el régimen de ayudas públicas, se podrá fácilmente concluir la conveniencia de interpretar este precepto con la primera parte del artículo 27.1 CE, para considerar como parte del contenido (objetivo o prestacional) constitucionalmente garantizado del derecho a la educación, también la ayuda a centros privados de los niveles no básicos de enseñanza.

4. Relación entre ayuda a centros privados y libertad de enseñanza

El artículo 27.9 CE al disponer la ayuda pública a los centros de enseñanza, lo hace no sólo para posibilitar la gratuidad de la enseñanza básica, o para favorecer que todos puedan acceder a una plaza de estudio con independencia del nivel educativo, es decir, para favorecer el principio de igualdad, sino que además, lo hace con el fin de favorecer el principio de pluralidad a través de la existencia de un adecuado conjunto de ofertas educativas⁴⁰. De ahí que el legislador deba emplear su amplio margen de acción en este rubro –debido a la remisión legislativa recogida en la parte final del mencionado artículo 27.9 CE–⁴¹ en lograr fórmulas que beneficien lo más posible la vigencia de ambos principios, las mismas que pasan por dirigir directamente la ayuda a los centros de enseñanza y/o indirectamente a estos, a través de su entrega a los padres o a los estudiantes mismos⁴².

De esta manera, la ayuda prevista en el artículo 27.9 CE (incluso con independencia de su concreto contenido), está dirigida también a beneficiar la plena efectividad de la libertad de enseñanza, tanto con relación a la libertad de creación de centros docentes, como con relación a la libertad de los padres para escoger una determinada educación para sus hijos, ello en cualquier nivel educativo⁴³. Asimismo, la ayuda que se dispense en virtud del artículo 27.9 CE puede entenderse como una manifestación del artículo 9.2 CE, no sólo por favorecer la plena vigencia del principio de igualdad en el

40 Así, para Fernández-Miranda, sólo se puede encontrar fundamento para la financiación pública de centros privados “en la realización efectiva de la libertad de elección de centro educativo y, a su través, de [l] tipo de enseñanza”. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. *De la libertad...*, cit., 116.

41 Cfr. STC 5/1981, cit., f. j. 15.

42 Para Embid, “[l]a ley es libre de disponer la entrega de sumas públicas tanto a los centros privados como a los padres. La Ley ordinaria puede ayudar económicamente al titular del centro directamente o indirectamente designando primariamente a los padres como receptores de la ayuda que luego aplicará al centro de sus preferencias”. EMBID IRUJO, Antonio. *El contenido del derecho a la educación*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, nº 31, 1981, p. 678. López Muñoz va un poco más allá al afirmar que “[l]a financiación pública total o parcial del ejercicio del derecho a la educación en libertad debería encauzarse en buena lógica, preferentemente mediante técnicas de transferencia directa al educando –a su familia–”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis. *El art. 27...*, cit., p. 45.

43 De manera distinta piensa Prieto Sanchís, para quien “al menos en los niveles básicos, la educación constituye una obligación de los poderes públicos y es evidente que si estos ayudan económicamente a los centros privados (...) no es en atención a la libertad de enseñanza entendida como derecho a fundar empresas ideológicas”. PRIETO SANCHÍS, Luis. *La protección de los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (Comentarios a las primeras sentencias de inconstitucionalidad en materia de derechos fundamentales)*, en “Anuario de Derechos Humanos” 1, IDDH-Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 381.

sistema educativo, sino también porque con ella los poderes públicos promueven las condiciones para que el ejercicio de la libertad (de enseñanza) sea efectivo⁴⁴.

Se debe reconocer que el legislador orgánico, en su labor de desarrollo del precepto constitucional, no ha ligado el artículo 27.9 CE a los principios de libertad y pluralismo de modo expreso y contundente como lo ha hecho con la exigencia de gratuidad de la educación básica por ejemplo, justamente al exigir que los centros que se favorezcan con estas ayudas dispensen gratuitamente la enseñanza. Sin embargo, esto de ninguna manera desdice de la relación efectiva entre la ayuda pública a los centros privados y los principios de libertad y pluralidad en el sistema educativo. Lo que sí va a implicar es que el titular del centro privado no podrá invocar simplemente la libertad de enseñanza (en su versión de libertad de creación de centros) para cuando quiera acceder a la ayuda pública o para cuando quiera recurrir ante los tribunales su no-asignación.

5. Obligaciones del centro beneficiado con ayuda pública

De entre las obligaciones a las que se compromete el titular del centro docente privado beneficiado con ayuda pública (y en general todos los centros públicos), se deben destacar al menos dos. Primera, la obligación de que la enseñanza que se imparta –para la que se ha otorgado la ayuda– sea gratuita; y segunda, que en tales centros se permita que los profesores, padres y alumnos intervengan en el control y gestión del centro en los términos que disponga la ley, según lo ha establecido el artículo 27.7 CE. Sobre la primera de las obligaciones ya se trató anteriormente, ahora se harán algunas referencias básicas en relación a la segunda de las mencionadas obligaciones.

Se debe empezar recordando que, si bien determinadas acciones de favorecimiento a cargo del poder público suponen y exigen una suerte de control o fiscalización, tal control no puede producirse de forma que, lejos de favorecer efectivamente el pleno ejercicio del derecho, termine por dificultarlo o impedirlo. Esto que se acaba de recordar tiene particular aplicación cuando se trata del derecho reconocido en el artículo 27.7 CE. En efecto, se debe cuidar que la ayuda pública que un determinado centro docente reciba no suponga el cumplimiento de deberes –en este caso de participación de los distintos agentes educativos en el control y gestión del centro– que terminen por vaciar de contenido su derecho de fundación y dirección del centro⁴⁵.

Como bien ha dicho el TC, “el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, en lo que aquí nos concierne, en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente”⁴⁶. De esta manera, “el titular no puede verse afectado por limi-

44 Este es uno de aquellos casos en los que la promoción de las condiciones para que la libertad (en este caso, en el sistema educativo) sea real y efectiva según lo manda el artículo 9.2 CE, supone una acción prestacional por parte del Estado, que incluso puede (como de hecho ha ocurrido a través de los actuales conciertos educativos) manifestarse en subvenciones económicas.

45 Para Martínez López-Muñiz, “[t]oda financiación pública o ayuda financiera pública deberán ser objeto del debido control público en cuanto a su efectiva aplicación a su fin propio pero no deben permitir añadir restricciones o limitaciones, ni directas ni indirectas, a las libertades educativas, para cuyo servicio y efectividad más plena cabalmente se establecen. La asistencia económica pública, sea cual sea su naturaleza, no legítima, en suma, su instrumentalización como medio de imponer en forma alguna modelos, estructuras u opciones educativas que no se justifiquen con carácter general por razones distintas de la procedencia de los recursos que sufraguen los gastos de la enseñanza”. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis. *El art. 27...*, cit., ps. 44–45.

46 STC 77/1985, cit., f. j. 21.

tación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional [del derecho a la dirección del centro]⁴⁷; pues, el otorgamiento de la ayuda al centro docente no puede suponer “la posibilidad de exigirle a este [su titular] la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales, ya que tal sostenimiento es impuesto a los poderes públicos por la CE, sin que ésta asocie a su prestación la desaparición de los derechos fundamentales del titular, en su mismo contenido esencial”⁴⁸.

Por tanto, en virtud de que la ayuda pública prevista en el artículo 27.9 CE está destinada a favorecer la libertad y pluralidad educativas, y que las cargas que la ayuda pública supongan para el titular del centro no pueden –en ningún supuesto– vaciar de contenido los derechos de la comunidad educativa (como los referidos al titular del centro docente), no se puede ni se debe prohibir que los centros docentes privados beneficiados con ayudas públicas dejen de tener y ejecutar un determinado proyecto educativo o ideario.

Dos consideraciones finales. Primera, que del sólo artículo 27.9 CE no nace un derecho directamente exigible, sino que éste se configurará una vez aprobada la legislación correspondiente. Así lo ha señalado el TC al declarar que “[e]l citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Ésta *materializada en la técnica subvencional o, de otro modo*, habrá de ser dispuesta por la ley”⁴⁹. Y segunda, como lo recuerda Martínez López–Muñiz “es de vital importancia *separar completamente en la mayor medida posible la función de financiación y la función de gestión o de prestación directa de la enseñanza*, rechazando y poniendo definitivamente fin a la equivocada y dañosa identificación entre ‘*enseñanza pública*’ y ‘*enseñanza gratuita*’ o ‘*sostenida con fondos públicos*’”⁵⁰.

VI. VALORACIÓN FINAL

Tomando como punto de partida –como lo ha propuesto el TC– que a lo largo de los diez apartados del artículo 27 CE se recoge un genérico derecho a la educación y que este genérico derecho a la educación puede ser entendido según la doctrina –también del TC– por la que se afirma que todo derecho fundamental tiene una doble dimensión, una subjetiva y otra prestacional; entonces puede considerarse que el reconocimiento del derecho a la educación (estricto) conjuntamente con la libertad de enseñanza en el artículo 27.1 CE, puede ser interpretado como el reconocimiento expreso que el derecho a la educación tiene tanto una dimensión subjetiva o de libertad como una dimensión objetiva o prestacional que van a definir su contenido constitucional en cada caso concreto.

La referida dimensión prestacional del derecho a la educación genérico como se ha visto lo llama el TC, viene conformada al menos por los contenidos previstos en los

47 Idem, f. j. 20.

48 Idem, f. j. 21.

49 STC 86/1985, cit., f. j. 3..

50 MARTÍNEZ LÓPEZ–MUÑÍZ, José Luis. *El art. 27...*, cit., ps. 43–44.

artículos 27.4 CE (gratuidad de la enseñanza básica), 27.5 CE (la obligación del poder político de programar de modo general la enseñanza y de crear centros docentes públicos) y el artículo 27.9 CE (la obligación estatal de ayudar a los centros privados que cumplan los requisitos de ley).

Como se podrá apreciar, son contenidos prestacionales que vienen a complementar el contenido de libertad definido por la libertad de enseñanza (segunda parte del artículo 27.1 CE), y conformado, al menos, por el derecho de los particulares a crear instituciones educativas y consecuentemente a dotarle de un ideario, el derecho de los padres a elegir una determinada formación para sus hijos, el derecho a elegir centro docente, la libertad de cátedra y el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes. Pero no sólo complementan el contenido de libertad, sino que además tienen la virtualidad y la finalidad de hacer posible el cumplimiento efectivo de las distintas facultades que la libertad de enseñanza supone para los diferentes sujetos de la relación educacional.

Y finalmente, ninguna de las facultades u obligaciones que pueda suponer ya para el particular, ya para el poder político tanto la dimensión de libertad como la dimensión prestacional del derecho a la educación, pueden ser interpretadas como realidades contradictorias y en oposición; sino que por el contrario, y precisamente por conformar unas y otras el contenido constitucional del derecho a la educación y por tener una misma finalidad constitucional (el pleno desarrollo de la personalidad del estudiante, según dispone el artículo 27.2 CE), deben ser interpretadas conjuntamente de modo que se propicie una vigencia armoniosa de las mismas, evitándose tratarlas como realidades conflictivas.