

XI. LAS ESCUELAS PRIVADAS DE LA IGLESIA EN EL MARCO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ENSEÑANZA

1. SOBERANIA EDUCATIVA DEL ESTADO Y ESTADO DEMOCRATICO

Al igual que en la mayor parte de los Estados de Europa occidental, en la RFA se considera a la enseñanza materia de competencia estatal¹. El art. 7, LF, establece que el sistema de enseñanza en su conjunto está bajo la vigilancia del Estado. La noción de vigilancia del Estado, que aparece ya en el art. 144 de la CW confiere a éste un derecho a intervenir con medidas de carácter legislativo, de inspección y administrativas que aquí designamos como soberanía del Estado en materia de enseñanza. Esta soberanía de la RFA, que se funda en la constitución, es el resultado de una evolución durante un período de doscientos años². Durante él han actuado de modo decisivo distintos factores. De conformidad con la idea de bienestar social del absolutismo ilustrado, el Estado está obligado a mantener establecimientos escolares para fomentar la felicidad de sus conciudadanos y su propia seguridad. La reforma escolar y educativa prusiana de principios del siglo XIX que tenía como fundamento que el Estado representa a la nación, verdadera responsable de la educación, actuó en la estatalización de las escuelas, ya que el Estado era considerado como representante de la nación. El Estado ter-

¹ W. GEIGER, *Kirchen und staatliche Schulsystem*, en *Handbuch*, vol. 2, Berlín 1975, p. 483 y 490.

² Cf. sobre ello C. STARK, *Freiheitlicher Staat und staatliche Schulhoheit*, en *Essener Gespräche* 9, 1975, p. 9ss.

minó apropiándose de ellas, sustrayéndoselas a las Iglesias, que eran hasta entonces las que habían llevado la responsabilidad principal en materia educativa. Mientras que el Estado permitió a las Iglesias quedar fuera de su dominación, retuvo, sin embargo, la soberanía en materia educativa.

La soberanía del Estado sobre la enseñanza es hoy soberanía del Estado democrático. El Estado democrático está al servicio de los principios organizativos y fines estatales marcados en la constitución. En consecuencia, la escuela es competencia estatal en tanto que las garantías constitucionales no le recorten esa competencia. Tales garantías son el derecho de los padres (art. 6.2; art. 7.2 LF) libertad de la escuela privada (artículos 7.4 y 5 LF), la garantía de la enseñanza religiosa confesional (art. 7.3 LF) y los derechos fundamentales de los escolares. En la regulación de las competencias de las escuelas (organización escolar, plan de enseñanza, enseñanza, asistencia a la escuela, disciplina, formación de los profesores y selección de éstos), debe el Estado, además de las mencionadas garantías, tomar en consideración los modelos y fines educativos fijados por las constituciones de los Länder ⁴.

Las competencias estatales en el campo de la enseñanza son ejercidas por los Länder, puesto que la Ley Fundamental sustrae esta materia a la competencia de los órganos federales ⁵; este federalismo educativo es una marca de fábrica de la RFA. Tal afirmación la considero de importancia, aquí en el extranjero, a efectos de esclarecer el Derecho alemán, puesto que así se pone de manifiesto que nos enfrentamos con once sistemas jurídicos escolares diferentes, como también en relación con las escuelas privadas, de las que hablaremos más tarde. Todo ello, no obstante, encuadrado por principios constitucionales federales, de los que también hablaremos. Efectos unitarios tienen la cooperación de los Länder en la conferencia de los ministerios de educación, y la competencia federal para la colaboración entre órganos federales y Länder en la esfera de la planificación educativa (art. 91.b LF). Al margen de todo esto se da una fuerte tendencia hacia la uniformidad del sistema escolar desde el punto de vista de la libertad de movimientos de los padres con hijos en edad escolar ⁶.

³ Cf. la recopilación en STARCK, o.c. (nota 2), p. 22; básico es H.-U. EVERS, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, Berlín 1979, *passim*; cf. P. HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg i. Br. 1981.

⁴ En la Constitución española, art. 27.2, hay un manifiesto paralelismo.

⁵ BVerfGE 27, 195, 200.

⁶ Sobre el problema, por extenso, R. SCHOLZ-H. BISMARCK, *Schulrecht zwischen*

Las competencias estatales en el campo de la educación están distribuidas entre el legislador autonómico, la administración autonómica y los profesores. Si antiguamente la escuela estuvo regida por el ejecutivo, desde los años setenta para acá se ha ido imponiendo el criterio, como una resultante de muy variadas y discutidas reformas, que la normativa fundamental sobre educación es de la competencia del legislador parlamentario⁶. Las cuestiones escolares deben salir de los despachos oficiales, infiltrados por sociólogos y pedagogos en las dependencias de los Ministerios de Educación, hasta el Parlamento que actúa públicamente y, por tanto, estar sometidas a la discrepante discusión entre Gobierno y Oposición⁷.

En la materia escolar se muestra en qué medida el sistema de valoración de pruebas y las normas de organización escolar afectan al núcleo mismo de la personalidad del hombre; las asignaturas, el modo de enseñarlas, la formación de los profesores y la organización escolar ejercen una gran influencia sobre la personalidad del niño. Por consiguiente, el servicio de la enseñanza en la escuela, organizado por el Estado, está necesitado en sus líneas fundamentales de una base legal⁸. Líneas fundamentales son los fines educativos que, en su mayoría, están determinados por la Constitución, las reglas sobre educación sexual que de modo tan directo afectan a la personalidad del niño y al derecho de los padres⁹, la ética y las demás disciplinas sobre la vida, la organización escolar en lo que se refiere a los años escolares¹⁰, clases de escuelas y una eventual disolución de las asociaciones escolares¹¹, asimismo los experimentos pedagógicos¹² y el sistema de exámenes y de paso de curso¹³. Esta explicitación de la reserva de ley debe vigilar constantemente que no esté programada previamente en sus detalles. Tal carencia de

Parlament und Verwaltung, en *Schule im Rechtsstaat*, vol. 2, publicado por el Deutscher Juristentag, München 1980.

⁷ Sobre la conexión entre procedimiento legislativo, contenido de la ley y reserva de ley, cf. C. STARCK, *El concepto de ley en la Constitución alemana*, Madrid 1979, p. 223-249.

⁸ T. OPPERMAN, *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, en *Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages*, vol. 1, München 1976, p. 44ss.; C. STARCK, *Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht: Die öffentliche Verwaltung* 32 (1979) 269 y 270ss.; G. KISKER, *Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes*: NJW 32 (1977) 1313ss.; H.-U. ERICHSEN, *Schule und Parlamentsvorbehalt*, en *Festschrift für die juristische Gesellschaft in Berlin*, Berlín 1984, p. 113ss.

⁹ BVerfGE 47, 46, 83; vid. sobre esto OPPERMAN: *Juristenzeitung* (1978) 289ss.

¹⁰ BVerfGE 34, 165, 193.

¹¹ BVerfGE 45, 400, 418.

¹² OVG Hamburgo: *Deutsches Verwaltungsblatt* 95 (1980) 486s.

programación en el campo de la enseñanza no es solamente un hecho, sino también consecuencia del derecho fundamentalmente garantizado a un tratamiento pedagógico individualizado de los alumnos¹⁴. La denominada libertad pedagógica que el Derecho escolar alemán garantiza a los maestros no se les da sólo para sí, sino en beneficio de los escolares que les han sido confiados¹⁵. El profesor debe poder emplear libremente a la vista de la materia del programa su propia personalidad y fuerzas internas, para sacar así mayor provecho a la enseñanza. La libertad pedagógica no puede ser un derecho fundamental, porque, de otro modo, eliminaría la facultad soberana del Estado en materia de enseñanza. Una garantía fundamental de la posición del profesor como funcionario reduciría en forma insoportable el nivel de protección de sus alumnos y de los padres de éstos.

2. EL DERECHO DE LOS PADRES EN LA ESCUELA

Hemos hecho ya alusión al derecho de los padres como límite en el esbozo de las competencias del Estado y líneas de demarcación de éstas en la configuración de la escuela. El que el derecho de los padres limite las competencias del Estado en materia escolar, supone una evolución respecto de la situación jurídica en la CW. En contra de la antigua norma, *El derecho de los padres en la casa y el del Estado en la escuela*¹⁶, el Tribunal Constitucional Federal, apoyándose en especial en una idea de Hans Peter¹⁷, tiene decidido: «La misión educadora del Estado en la escuela, que se funda en el art. 7.1 LF no va detrás del derecho a la educación de los padres, sino que se le equipara. Esta misión educadora común de padres y escuela, que tiene como fin único la formación de la personalidad del niño, no admite distribuciones competenciales, y ha de ser llevada a cabo en una cooperación armónica de unos y otros.» Con esta afirmación se aparta el Tribunal Constitucional Federal de anteriores distribuciones sectoriales sobre la misión del Estado y de los padres, que todavía ha sido sostenida por algunos especialistas en Dere-

¹³ BVerfGE 56, 155ss.

¹⁴ STARCK, o.c. (nota 8), p. 271.

¹⁵ STARCK; ib., 272ss., con ulteriores indicaciones.

¹⁶ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, Berlín 1933, art. 120, n. 2, 4.

¹⁷ H. PETERS, *Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule*, en BETTERMANN/NIPPERDEY/SCHEUNER (ed.), *Die Grundrechte*, vol. 4, 1, Berlín 1960, p. 369ss.

cho escolar como el mejor camino para llevar adelante programas de reforma.

La afirmación del Tribunal Constitucional Federal expresa una fundamental correlación entre el derecho de los padres y la competencia estatal. Es tarea de la legislación la armonización del derecho de los padres con la competencia del Estado¹⁹. Esto tiene lugar a través de todo un complejo normativo. De esas decisiones sobre la escuela y la enseñanza hay que sacar aquellas materias que han de quedar reservadas a la decisión individual de los padres. Están sometidas a la competencia del Estado —eventualmente después de una consulta a las asociaciones de padres— aquellas decisiones que se refieren a la educación general de los niños en la escuela. La voluntad individual de los padres deberá quedar pospuesta solamente allí en donde se oponga a la común educación de los niños en la escuela, ya que son criterios orientadores el bien individual de cada niño y la voluntad individual de los padres. Están sometidas a la competencia del Estado —eventualmente después de una consulta a las asociaciones de padres— aquellas decisiones que se refieren a la educación general de los niños en la escuela. La voluntad individual de los padres deberá quedar pospuesta solamente allí en donde se ponga a la común educación de los niños en la escuela, ya que son criterios orientadores el bien individual de cada niño y la voluntad individual de los padres. El derecho de los padres exige, finalmente, que el Estado ofrezca un sistema escolar suficientemente diferenciado de modo que los padres puedan elegir el modelo adecuado de escuela, según la capacidad de sus hijos. Las escuelas generales (Gesamtschulen) sólo cumplen con esta exigencia si ofrecen opciones internas suficientes y permiten la elección de orientaciones diversas²⁰. Una escuela de jornada completa, obligatoria para todos los escolares, lleva al resultado de que aquellos padres que deseen hacer uso intensivo de su derecho a la educación, tienen poco tiempo a su disposición para la educación de sus hijos²¹. Puesto que no es necesaria para la educación de los niños una escuela de jornada plena, no puede ser obligatoria.

¹⁸ BVerfGE 34, 165, 183.

¹⁹ Vid. sobre esto en especial STARCK, o.c. (nota 8), p. 274ss.; U. FEHNEMANN, *Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrecht für die elterliche Mitwirkung in der Schule*: Archiv des öffentlichen Rechts 105 (1980) 529ss.; F. OSSENBÜHL, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Berlín 1981, p. 96ss., con ulteriores referencias.

²⁰ F. OSSENBÜHL, *Verfassungsrechtliche Probleme der Kooperativen Schule-Rechtsgutachten* (Schriften des Realschullehrerverbandes NW Nr. 12), 1977, p. 47ss.

²¹ F. OSSENBÜHL, *Schule im Rechtsstaat*: Die öffentliche Verwaltung 30 (1977) 805 y 809.

La LF garantiza, al lado del derecho general de los padres, un derecho especial a los titulares de la educación a decidir sobre la participación del niño en la enseñanza de la religión (art. 7.2 LF)²², que se imparte en las escuelas públicas como asignatura ordinaria, a excepción de las escuelas aconfesionales, y en conformidad con los principios fundamentales de la confesión respectiva (art. 7.3.1 y 2 LF). Detrás de este derecho fundamental está el deber religioso de los padres de educar a sus hijos en su fe²⁴. Ciertamente que el Estado no tutela el cumplimiento de este deber religioso. En la escuela se respeta, por lo demás, el derecho de los padres a la enseñanza religiosa, independientemente de que exista o no una obligación en éstos, desde el punto de vista jurídico-canónico; en todo caso, este derecho de decisión sobre la participación del niño en la enseñanza de la religión protege frente a una presión sobre las conciencias, venga ésta de donde viniere.

La exposición hecha hasta ahora del derecho de los padres en la escuela nos ha mostrado que el derecho de decisión del Estado en la escuela va bastante lejos. Tanto los padres individualmente como las asociaciones de padres, no pueden derivar del art. 6.2 de la LF derechos sobre una determinada organización de la escuela, transmisión de conocimientos o determinados métodos pedagógicos. El modelo del derecho de los padres queda, sin embargo, todavía incompleto. El derecho de éstos experimenta un notable refuerzo con la garantía constitucional de la libertad de enseñanza y por una doble vía. La existencia de escuelas privadas da a los padres la posibilidad de elegir el envío de sus hijos a una escuela pública o privada. En virtud de esa decisión de los padres se puede expresar a la vez la disconformidad con la orientación de la escuela pública.

3. LA LIBERTAD DE LA ESCUELA PRIVADA

En relación con otros países europeos, por ejemplo, Francia, en la RFA hay relativamente pocas escuelas privadas. Hoy no visitan la escuela privada más del 5 por 100 de la población escolar. Anteriormente tuvieron una gran influencia las escuelas privadas católicas para el bachillerato superior, especialmente de chicas. En Renania, durante los años

²² Cf. el art. 27.3 correspondiente de la Constitución española.

²³ C. LINK, *Religionsunterricht*, en *Handbuch*, vol. 2, Berlín 1975, p. 503ss.

²⁴ Respecto de los católicos, cf. can. 793ss., en especial 798; *Codex Iuris Canonici* de 1983.

treinta de este siglo, el 50 por 100 de las chicas se educaron en escuelas regidas por Ursulinas o Armen Schulschwestern. En épocas anteriores las escuelas privadas fueron miradas en Alemania con desconfianza, especialmente del lado nacional-liberal y protestante, porque se les presumía animadas de un espíritu antinacional y de disidencia. De este modo, Rudolf von Gneist clamaba en 1892 contra las escuelas marginales, escuelas especiales disidentes, de orientación polaca, danesa u otra, contraria al espíritu alemán, incluidas las escuelas inferiores o superiores regidas por órdenes religiosas²⁵. Todavía Herbert Krüger en 1966 se lamentaba de que en Alemania ni en 1918, después de la Revolución, ni en 1945, después de la guerra, se hubiera afrontado la consolidación del sentimiento nacional mediante la adecuada creación de escuelas estatales²⁶.

La LF garantiza en el art. 7.4 las escuelas privadas en el sentido amplio²⁷. Nos ocuparemos de las denominadas escuelas complementarias (Ersatzschulen) que intervienen en el lugar de las que otorgan una formación superior. Respecto de las escuelas primarias se aplica en especial el art. 7.4 LF. El Tribunal Constitucional en una importante decisión²⁸ ha tratado de la garantía de la libertad de creación de escuelas privadas. Él ve en esa garantía «el rechazo al monopolio educativo por parte del Estado» y «una decisión de valor que prohíbe una discriminación de las escuelas privadas equivalentes a las de igual rango de carácter estatal a causa de otra orientación educativa u otros contenidos. Esta apertura del Estado respecto de la pluralidad de formas y contenidos que puedan reflejarse en la escuela, corresponde a la escala de valores del orden fundamental de libertad democrática, que afirma la dignidad de la persona humana y la neutralidad religiosa e ideológica». Esta afirmación del Tribunal Constitucional Federal sitúa a la escuela privada en la zona de tensión del derecho a la educación de los padres (art. 6.2 de la LF) y la soberanía del Estado en materia educativa (artículo 7.1 IF). Con la existencia de escuelas privadas obtienen los padres una libertad de elección cuando la organización, contenidos educativos o régimen jurídico de las escuelas públicas no les gustan o le dice más

²⁵ R. v. GNEIST, *Die staatsrechtlichen Fragen des Preussischen Volksschulgesetzes*, 1892, p. 100.

²⁶ H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1966.

²⁷ El art. 7.4 LF actúa respecto de los Länder como Derecho inmediatamente aplicable, además de él la libertad de la escuela privada está garantizada —en parte con menor fuerza— en las siguientes Constituciones regionales: Baden-Württemberg, artículo 14.2; Baviera, art. 134; Bremen, art. 29; Hessen, art. 61; Renania del Norte-Westfalia, art. 8.4; Renania-Palatinado, art. 30; El Sarre, art. 28.

²⁸ BVerfGE 27, 195, 201.

la escuela privada que han elegido para sus hijos. Las escuelas públicas son para el Estado barómetros en los que los responsables de la política educativa pueden medir el grado de aceptación que ella encuentra en los padres²⁹.

La garantía de la libertad de creación de centros no es obstáculo a una cierta influencia del Estado. Las escuelas privadas necesitan una autorización del Estado, están sometidas a la legislación de cada Land (artículo 7.4.2 LF) y a la inspección del Estado (art. 7.1 LF). La autorización del Estado genera un derecho, según el art. 7.4.3 LF³⁰, «cuando las escuelas privadas no son inferiores a las públicas en sus fines educativos, instalaciones escolares, y en la preparación científica de sus profesores y no practican una selección escolar, de acuerdo con la fortuna de los padres»³¹. «Estar sometidas a la legislación del Land» significa que la escuela privada está sometida a las normas generales —no a las específicas de las escuelas— de la legislación autonómica que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la libertad de creación de centros.

La inspección del Estado solamente puede ser ejercida como inspección de naturaleza jurídica³². Cierto es que no puede desconocerse que la inspección sobre si los presupuestos del art. 7.4.3 LF, que regulan la autorización son cumplidos, es decir, sobre si la escuela privada ha sido configurada en el mismo nivel que la estatal³³, la aproxima mucho a una inspección de naturaleza técnica. Puesto que el nivel de exigencia en la escuela estatal se realiza a través de orientaciones internas de naturaleza administrativa, la inspección no tratará nunca de asimilar la escuela privada a la pública. Los inspectores deben ser entrenados para saber diferenciar entre enseñanza equivalente y enseñanza igual, distinción que es de capital importancia en la garantía de la escuela privada³⁴. Es tarea, en primer lugar, de los directores de las escuelas privadas, oponerse a las tendencias asimiladoras, y ofrecer desde la propia concepción una enseñanza equivalente.

²⁹ Sobre el problema, vid. más en detalle STARCK, o.c. (nota 2), p. 32ss.

³⁰ U. HEMMRITH, en v. MÜNCH (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, München 31985, art. 7, núm. marginal 37ss.

³¹ En este aspecto la Constitución española, art. 27.6, es menos exigente en la configuración del derecho a crear escuelas privadas.

³² Así, p. ej., parágrafo 143.1 de la Ley escolar de la Baja Sajonia en la redacción de 6 de noviembre de 1980 (Nds. GVB1., p. 425).

³³ Parágrafo 124.2, l.c.

³⁴ En este sentido, C. LINK, en *Juristenzeitung* 26 (1971) 551; H. SÄCKER, *Zum Anspruch der Privatschulen auf staatliche Anerkennung*: *Deutsches Verwaltungsblatt* 86 (1971) 537ss.

Si a los padres ha de ofrecérseles la oportunidad de elegir y poder enviar a sus hijos a escuelas privadas de modo que pueda funcionar un sistema de concurrencia, tiene que haber personas que estén dispuestas a crear y dirigir escuelas privadas. En primera línea esto concierne a las Iglesias, con su larga experiencia educativa. Respecto de otras instituciones tienen las Iglesias la ventaja de poder echar mano de una concepción pedagógica, realista, bien probada, que ha dejado su impronta en el desarrollo cultural de Occidente y que todavía encuentra hoy expresión en los fines educativos consignados en los textos constitucionales de los Länder. El modelo educativo de la Iglesia Católica³⁵ se manifiesta en la Declaración sobre la educación cristiana del Vaticano II³⁶. En conformidad con él, la escuela no es natural respecto de los valores, no esmera transmisión de conocimientos y aptitudes, no está meramente encaminada a dotar a la juventud de instrumentos en un sistema tecnocrático para después acceder a buenas remuneraciones en una sociedad de consumo. Por el contrario, la escuela es considerada como un medio educativo que abre al joven la percepción de los valores, que le proporciona una buena capacidad de juicio y le despierta el sentido de su libertad en la responsabilidad³⁷. La Declaración conciliar valora positivamente la escuela privada bajo la dirección de la Iglesia desde la perspectiva de la posibilidad de opción de los padres y la potencialidad directiva de la fe católica³⁸. Con acierto se ha visto que la educación en las escuelas de la Iglesia solamente podrá tener éxito si hay maestros que además de poseer las necesarias aptitudes pedagógicas y científicas estén en disposición de dar testimonio de Cristo con su propia conducta³⁹.

La garantía constitucional de la escuela privada permite el carácter confesional de ésta cuando están bajo dirección de la Iglesia⁴⁰. Esto se deduce de la enseñanza de la religión del art. 7.3.2 LF como argumento primero. Pero sobre la enseñanza de la religión puede el credo religioso

³⁵ Sobre la concepción educativa de la Iglesia evangélica, cf. A. VON CAMPENHAUSEN, *Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft*, Göttingen 1967, p. 129ss.

³⁶ *Gravissimum educationis*, v., 28 de octubre de 1965: AAS 58 (1966) 728ss., citada según RAHNER/VORGRIMMLER (ed.), *Kleines Konzilskompendium*, 21965; sobre ello, T. MAUNZ, *Kirchen als Schulträger*, en *Handbuch*, vol. 2, Berlín 1975, p. 548ss.

³⁷ *Gravissimum educationis*, Nr. 5.

³⁸ L.c., Nr. 8.

³⁹ L.c., Nr. 8.

⁴⁰ Las Iglesias están designadas como titulares responsables de la educación en el ámbito de su competencia (art. 12.2 de la Constitución de Baden-Württemberg) como titulares de la formación (art. 133.1.3 de la Constitución de Baviera, art. 28.3 de la Constitución del Sarre).

ser base de la educación, de la transmisión de saberes y de la selección de materias. Esto es lo que se deduce del art. 7.4 LF y de las normas de la CW del Derecho eclesiástico estatal, recibidas a través del art. 140. Puesto que las Iglesias han considerado tradicionalmente a las escuelas bajo su titularidad como asuntos propios⁴¹, las escuelas confesionales privadas caen bajo el supuesto del art. 137.3 CW y gozan de la garantía de la administración autónoma de la Iglesia «dentro de los límites de la ley aplicable a todos». El carácter confesional de las escuelas privadas que, según el art. 7.4 LF es una posibilidad de la configuración de la escuela entre otras varias, es esencial en relación con la garantía del artículo 137.3 CW. Las leyes a todos aplicables no son cualesquiera leyes de aplicación general, sino solamente aquellas que reconocen la propia autonomía de las Iglesias y sus instituciones frente al Estado⁴². Puesto que el principio de la equivalencia de la enseñanza, consagrado en la legislación escolar⁴³, es para todas las escuelas privadas una norma neutral, desde el punto de vista religioso, han de atenerse a él las Iglesias en tanto que titulares es éstas. Por tanto, en el marco de esta exigencia es posible un sistema educativo confesional; dicho carácter está garantizado además en el hecho de que las Iglesias pueden designar libremente a sus profesores⁴⁴ y a garantizar la fidelidad al credo confesional a través de un derecho de despido en virtud de una cláusula pactada. Lo mismo vale respecto de los alumnos.

4. LAS SUBVENCIONES ESTATALES A LAS ESCUELAS PRIVADAS

Pasemos ahora a considerar el *nervus rerum*; es decir, el problema de si las escuelas privadas tienen respecto del Estado un derecho a recibir subvención estatal, garantizado constitucionalmente. En la doctrina se han seguido varias orientaciones para justificar un tal derecho⁴⁵ argumentando con el principio del Estado social, el de igualdad y el derecho fundamental garantizado en el art. 7.4 LF cuyos presupuestos económicos deben estar asegurados. La argumentación con el principio de

⁴¹ BVerfGE 53, 366, 392ss., referente a las actividades caritativas se remite a la comprensión que la Iglesia católica y evangélica tienen de sí mismas.

⁴² BVerfGE 42, 312, 332ss.; 53, 366, 404.

⁴³ P. ej., parágrafo 124.2 de la Ley escolar de la Baja Sajonia (anot. 32).

⁴⁴ Así, expresamente, art. 137.3.2 CW; vid. sobre ello F. MÜLLER, *Das Recht der Freien Schule nach dem Grundgesetz*, Berlín 1982, p. 64ss.

⁴⁵ Sobre ello informa C. LINK, *Privatschulfinanzierung und Verfassung: Juristenzeitung* (1973), p. 1ss.

igualdad presenta el flanco débil de no especificar éste qué es lo que debe ser tratado como igual de modo que hay que indagar a lo largo y ancho de la constitución los criterios de distinción o de prohibición para poder operar con el de igualdad⁴⁶. El principio del Estado social del art. 7 LF tiene el inconveniente de que éste carece de utilidad para fundar sobre él pretensiones; y tampoco combinándolo con el principio de igualdad llega a fundamentar la deseada pretensión⁴⁷, ya que el primero, en tanto que principio programático contiene una permisión dirigida al legislador, pero no establece de modo vinculante de qué modo debe operar éste para realizar la nivelación social⁴⁸. Si algo en relación con este problema puede ser deducido del texto constitucional, habrá de nuevo que acudir al art. 7 LF. La debilidad de la argumentación con el principio de igualdad y del Estado social ha robustecido la posición de los que niegan que pueda deducirse de la constitución de modo directo un derecho de subvención a las escuelas privadas.

Si insertamos en el art. 7 las anteriores consideraciones sobre el derecho a recibir subvención, planteamos con ello la cuestión de si la garantía constitucional de la libertad en la creación de centros lleva implícita la garantía de los medios económicos para hacerla efectiva o, incluso, la garantía de la misma creación de escuelas privadas. Esta cuestión de la garantía de los presupuestos en el ejercicio de un derecho constitucional fue objeto de estudio en los años setenta como un tema general de la teoría de los derechos fundamentales⁴⁹. Puesto que en la LF no hay derecho alguno fundamental de carácter social se ha intentado por la vía de la interpretación de los derechos fundamentales clásicos derivar de ellos el derecho a recibir determinadas prestaciones del Estado. En defensa de esta posición se ha hecho valer que el Estado tiene que eliminar los obstáculos en el ejercicio de los derechos fundamentales en base al principio de igualdad. Entretanto, la discusión en torno a estos derechos se ha serenado y ha dejado como resultado que el derecho a exigir prestaciones del Estado no puede ser deducido de los derechos fundamentales clásicos. En apoyo de ello pueden ser aducidos tres argumentos⁵⁰. En primer lugar, tales pretensiones supondrían una carga incalculable del presupuesto del Estado; sobre esa carga se estarían

⁴⁶ Cf. MANGOLD/KLEIN/STARK, *Das Bonner Grundgesetz*, vol. I, München 31985, art. 3, núm. marginal 12-17.

⁴⁷ Con opinión distinta, LINK, o.c. (nota 45), p. 6ss.

⁴⁸ Cf. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, o.c. (nota 46), art. 3, núm. marginal 23.

⁴⁹ Cf. sobre todos W. MARTENS/P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972) 7ss. y 43ss.

⁵⁰ Cf. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, o.c. (nota 46), art. 1, núm. marginal 115-118:

tomando decisiones por la vía de la interpretación de derechos fundamentales sin que intervenga el Tribunal Constitucional, competente en la interpretación de derechos fundamentales, en el balance anual de ingresos y gastos del presupuesto del Estado (art. 110.1 LF o los correspondientes preceptos de las constituciones de los Länder). En segundo lugar, se ha hecho observar la radical indeterminación de tal derecho a recabar prestaciones del Estado, que habrían de ser fijadas por el Tribunal Constitucional; dado el número de tales presupuestos en el ejercicio de las libertades fundamentales, la teoría de estos derechos fundamentales se vería colocada ante dificultades insalvables. En tercer lugar, las garantías fundamentales de la LF, en una clara contraposición a la concepción tradicional de las normas programáticas, se asientan en la regla del efecto directo consagrado en el art. 1.3 LF. Por esto mismo los derechos fundamentales sólo pueden ser interpretados de modo que se les dote de fuerza vinculante en el marco organizativo y funcional de la LF.

Este punto, al que acabamos de aludir, es el que permite en muy determinados casos deducir desde derechos fundamentales un derecho a prestaciones concretas del Estado⁵¹. Siempre que la pretensión exigible al Estado estuviera suficientemente precisada y siempre también que los medios necesarios puedan ser obtenidos sin interferir en la competencia presupuestaria del legislador, no entraría en conflicto una tal prestación con el efecto directo del art. 1.3 de la LF. Otro presupuesto a la existencia de una prestación derivada de un derecho fundamental es el que existan fuertes razones para deducir de la constitución una tal pretensión. Tal es el caso en el derecho de las escuelas privadas a recibir ayudas por parte del Estado, puesto que actúan sustitutoria-mente en lugar de escuelas estatales. Algunas constituciones de los Länder prevén expresamente el derecho de las escuelas privadas a una compensación de las cargas financieras⁵², o el derecho a una subvención del Estado⁵³, o el derecho a una ayuda económica adecuada de carácter público⁵⁴ o a recibir compensación de los gastos necesarios⁵⁵. El Tribunal Administrativo Federal tiene decidido que las escuelas privadas poseen

⁵¹ Cf. sobre ello y respecto de lo que sigue, C. STARCK, *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?*, en el mismo autor (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. 2, Tübingen 1976, p. 480, 516ss. y 520ss., con ulteriores referencias.

⁵² Art. 14.2 de la Constitución de Baden-Württemberg.

⁵³ Art. 8.4.3 de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; art. 28.3 de la Constitución del Sarre.

⁵⁴ Art. 30.3 de la Constitución de Renania-Palatinado.

⁵⁵ Art. 28.4 de la Constitución del Sarre.

un derecho a recibir subvenciones estatales⁵⁶. La particularidad de este derecho a recabar prestaciones⁵⁷, que poseen contra el Estado los titulares de escuelas privadas, se funda en que se financia una actividad privada que actúa en una concurrencia generadora de libertad con actividades asumidas por el Estado (art. 7.1 LF). La «participación en la enseñanza»⁵⁸ hace mensurable la prestación. Las subvenciones que tienen derecho a exigir los titulares de las escuelas privadas afectan a los medios económicos que el Estado ahorra al ser liberado de su obligación cultural por la escuela privada⁵⁹. Se puede determinar estadísticamente la asignación que corresponde a cada alumno en las distintas edades escolares, y, por consiguiente, no plantea problema alguno de fondo de carácter económico y financiero. Que el Estado tenga menos gastos de enseñanza al quedar libres plazas escolares en las escuelas estatales clásicas no puede servir de argumento contra el derecho de subvención deducido del art. 7.4, puesto que no se trata aquí de una economía realmente hecha, sino de la mensurabilidad del derecho a recibir subvención deducido del art. 7.4 LF.

Pero no se ha probado con ello que del art. 7.4 se derive directamente un derecho a recibir subvenciones. Debemos tener además en cuenta que el art. 7.4 contiene requisitos previos para la autorización de escuelas privadas de significación económica. Necesita compensación la exigencia de equivalencia de la enseñanza y de nivel actual efectivo de las escuelas públicas, como una necesidad del verdadero Estado social, que tiene que mantener en su esencia la escuela privada⁶⁰, de modo que la libertad de ésta no sea un derecho vacío de contenido, carente de realidad. El art. 7.4 prohíbe al mismo tiempo una selección de los escolares, según la fortuna de los respectivos padres. Las escuelas privadas, por tanto, no se pueden limitar a la enseñanza de niños cuyos padres estén en disposición de pagar altas cuotas escolares. Por esta razón, para conseguir este fin deseado por la constitución, el Estado tiene la obligación constitucional de otorgar dichas subvenciones^{60 a}. En el marco del ar-

⁵⁶ BVerfGE 23, 347, 349ss.; 27, 360, 362ss.

⁵⁷ Vid. los paralelismos en la Constitución española en art. 27.9.

⁵⁸ BVerfGE 27, 195, 206.

⁵⁹ Así, BVerfGE 23, 347, 350; en el mismo sentido, F. MÜLLER, o.c. (nota 44), p. 403ss.

⁶⁰ Así también H. HECKEL, *Deutsches Privatschulrecht*, Berlín/Köln 1955, p. 257; cf. también KLOEPFER/K. MESSERSCHMIDT, *Privatschulfreiheit und Subventionsabbau*: Deutsches Verwaltungsblatt 98 (1983) 193, 198; F. MÜLLER, o.c. (nota 44), p. 472; BVerfGE 27, 360, 362ss.

^{60 a} En este sentido ahora el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia de 8 de abril de 1987 (1 BvL 8, 16/87, c. II, 2 b).

título 7.4 LF la regla de la igualdad del art. 3.1 LF juega también un papel. Cuando el Estado y los municipios ofertan hoy escuelas públicas gratuitas, incluidas las de enseñanza media, hay en ello una deseada ayuda hacia los ciudadanos que tienen hijos. Esta oferta escolar debemos situarla en relación con la alta carga fiscal que soportan todos los ciudadanos, incluidos los que tienen hijos. Por esto es una exigencia de la justicia distributiva, que es constitucionalmente relevante en virtud de la regla de la igualdad, que el Estado ayude con subsidios especiales a los ciudadanos que envíen a sus hijos a escuelas privadas.

El que tales ayudas sean prestadas no a los padres, sino directamente a las escuelas privadas es una exigencia de la practicabilidad. Con ello el Estado se proporciona un instrumento a través del cual él puede inspeccionar eficazmente el cumplimiento de los requisitos previos en la autorización de las escuelas privadas. En este punto hay que destacar que las subvenciones a las escuelas privadas no pueden estar condicionadas por requisitos que vayan más allá de lo que permite el art. 7.4 y respecto de las escuelas de las Iglesias de lo que resulta de éste en conexión con el art. 140 LF y el art. 137.3 CW. Hay un punto neurálgico en la garantía de la libertad de la escuela privada al que se le debe dedicar una constante atención. En especial se deberá tomar en cuenta que no se haga de la nivelación de la enseñanza una condición para la subvención, porque el Estado no ha recibido mandato alguno para recortar la sustancia de la libertad de la escuela privada por la vía de la obligación de ayuda en que está.

En consecuencia, la financiación de la escuela privada es en sustancia un derecho anclado en la constitución de modo directo. Por lo que respecta a la cuantía de esta ayuda, sólo puede deducirse de la constitución lo que sigue: Si el fundamento del derecho a recibir subvención está en la igualdad de trato de los padres que envían sus hijos a escuelas privadas, el montante de este derecho a la subvención se orienta por el coste de cada puesto escolar en las escuelas públicas⁶¹. El coste total de las escuelas estatales y municipales, es decir, de las escuelas públicas, está formado por las inversiones y los gastos personales y de material⁶². Tanto en la jurisprudencia⁶³ como en la doctrina jurídica,

⁶¹ Así la práctica legislativa, vid., p. ej., parágrafos 130.1.4 y 137.1.2.2 de la Ley escolar de la Baja Sajonia.

⁶² Cf. sobre ello F. MÜLLER, o.c. (nota 44), p. 469ss.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Renania del Norte-Westfalia de 3 de enero de 1983: Deutsches Verwaltungsblatt 98 (1983) 223ss., conecta el derecho a la percepción de subvenciones con la autorización para la erección de la escuela, que debe preceder al establecimiento de ésta. La sentencia parte de una reserva de ley para la fijación de los criterios que determinan el montante de la subvención.

se ha desechado la idea de que las inversiones en las escuelas privadas hayan de ser asumidas por el Estado. Precisamente esas inversiones (edificios, mobiliario y material escolar) son tomadas como una garantía de la seriedad y permanencia de los titulares de la escuela privada. Quien desee crear una escuela privada, debe disponer de los medios básicos necesarios; a éstos pertenecen los alquileres o gastos de arrendamiento, en su caso, las cuotas de amortización en pago del capital inicialmente necesario, y que se orienta por las necesarias inversiones en las escuelas estatales. El derecho a recibir una subvención, directamente nacido de la constitución, consiste —por tanto— en una cantidad, según el número de alumnos equivalente al que aporta el Estado en término medio para cubrir los gastos de personal y los de medios materiales (incluidos alquileres o, en su caso, cuotas de amortización). Es misión del legislador fijar criterios para la determinación de la cuantía.

CHRISTIAN STARK

Catedrático de la Universidad de Göttingen

(Tradujo J. PUENTE EGIDO)

