



LIBERTAD DE CÁTEDRA Y LIBERTAD PEDAGÓGICA EN ALEMANIA

Carlos Vidal

1. INTRODUCCIÓN

Es obligada la referencia a Alemania cuando se habla de libertad de cátedra. Allí encontramos los orígenes y primeros fundamentos de esta libertad de los docentes, y de la doctrina alemana hemos bebido los demás países europeos de su entorno.

Sin embargo, la evolución de esta libertad ha sido diferente en alguno de los países que formamos parte de la común tradición universitaria europea. Mientras que en España e Italia, por ejemplo, se habla de libertad de cátedra tanto para referirse a la que corresponde a los docentes universitarios como a la de quienes desarrollan su tarea en el ámbito no universitario, en Alemania se reserva este derecho fundamental (*Lehrfreiheit*) a los profesores universitarios. A los docentes no universitarios se les reconoce solamente la libertad pedagógica (*Pädagogischefreiheit*). El grado de protección del que disfrutaban estos dos derechos es distinto, puesto que la libertad de cátedra está expresamente reconocida como derecho fundamental, mientras que la pedagógica es un derecho de los docentes, pero no se encuentra entre los constitucionalmente protegidos como fundamentales.

Uno de los elementos que se consideran decisivos para establecer esta diferenciación es el hecho de que, para poder hablar de libertad de cátedra, el sujeto titular de ese derecho debe ser también alguien capaz de elaborar por sí mismo, a través de la investigación, contenidos que nutran su docencia. Es decir, no se puede hablar de libertad de transmisión de conocimientos si éstos no se adquieren por medio de la propia investigación. De este modo, la libertad de cátedra va íntimamente unida a la tarea investigadora, y se supone que los docentes no universitarios no son investigadores, y por tanto no transmiten conocimientos alcanzados por sus propios medios, sino proporcionados por quienes han investigado y han llegado a conclusiones científicas. Todo esto es bastante discutible, y a ello dedicaré las próximas líneas.

2. CONCEPTOS DE ENSEÑANZA (*LEHRE*) E INVESTIGACIÓN (*FORSCHUNG*). VINCULACIÓN ENTRE AMBAS

A la vista del artículo 5.3 de la Constitución alemana¹ —que relaciona en un mismo precepto la ciencia, la investigación y la enseñanza—, la doctrina y jurisprudencia alemanas prestan especial importancia a la definición conceptual de “enseñanza” (*Lehre*) e “investigación” (*Forschung*), y a la vinculación existente entre ambas. Es importante distinguir ambos conceptos, para luego definir también qué es libertad de cátedra (*Lehrfreiheit*) y qué libertad de investigación (*Forschungsfreiheit*). Además, se vincula la libertad de cátedra a la posibilidad de que un profesor adquiera por sus propios medios nuevos conocimientos. Como hemos advertido ya, la investigación es condición necesaria para la docencia universitaria².

1. “El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres. La libertad de cátedra no exime de la lealtad a la Constitución”.

2. BVerfGE, 35, 79 (113).

El origen de estas ideas lo encontramos en Wilhelm von Humboldt, que junto con Fichte es el máximo representante de la nueva universidad alemana, a partir de la fundación, que él mismo llevó a cabo, de la Universidad de Berlín en 1809. Fichte y Humboldt sostenían la unidad de la investigación y la enseñanza en el ámbito universitario, como única manera de alcanzar la pura o verdadera ciencia (*reinen Wissenschaft*). El principio básico de la Universidad sería más la libertad de aprender que la libertad de enseñar; los alumnos y los profesores marchan conjuntamente a la búsqueda de la verdad, ambos colaboran en la elaboración e investigación científica³. La docencia universitaria “no es tanto transmisión de conocimientos (y en este sentido pedagógica), sino más bien el complemento necesario de la investigación del profesor”⁴. He aquí una nueva diferencia con la docencia en las escuelas. Para Humboldt estaríamos en este caso ante una simple transmisión de conocimientos. El maestro se limita a enseñar desde una posición de superioridad, y además enseña aquellos conocimientos a los que otros han llegado a través de sus investigaciones. Los escolares no tienen capacidad para ayudar al maestro en la búsqueda de la verdad, misión que por tanto queda reducida a la Universidad. Es por ello que sólo en los centros universitarios puede hablarse de investigación o creación científica⁵.

3. Algunas ideas generales de Humboldt sobre la educación pública pueden verse en HUMBOLDT, W. von, *Los límites de la acción del Estado* (trad. Joaquín Abellán), Tecnos, Madrid, 1988, vid. especialmente el capítulo titulado “Sobre la educación pública”, pp. 59-67. Un planteamiento más completo sobre la idea de Universidad en Humboldt se encuentra en MENZE, C., *Die Bildungsreform Wilhelm von Humboldts*, Hannover, 1975.

4. CARRO, J. L., *Polémica y reforma universitaria en Alemania*, Civitas, Madrid, 1976, p. 25.

5. Humboldt se preocupa en muchos de sus escritos por los límites a la acción del Estado, que también aplica al campo educativo. La acción del Estado debe limitarse para que no se perjudique el perfeccionamiento del individuo. Cfr. HUMBOLDT, W. von, *Los límites de la acción del Estado* (trad. Joaquín Abellán), op. cit., vid. capítulo “Sobre la educación pública”, pp. 64-67.

Según esta concepción, la clase de un maestro de escuela (*Schulunterricht*) no tiene nada que ver con la docencia universitaria (“*ist keine universitäre Lehre*”), la única comprendida dentro de la protección de la libertad de cátedra, y por eso mismo no recaen sobre los maestros las mismas exigencias que sobre los profesores universitarios, como por ejemplo su especial cualificación (a través de la *Promotion* y *Habilitation*), e incluso el anuncio formal del programa y las calificaciones. En Alemania sólo se considera *Lehre* la referida al ámbito universitario, porque se entiende que sólo puede existir cuando el profesor tiene también una actividad investigadora, que le permite aportar en su actividad docente nuevos conocimientos, y de este modo colaborar en el progreso de la ciencia⁶. Es cierto que existe también en la escuela un ámbito de libertad del maestro, pero éste es denominado “libertad pedagógica” (*pädagogische Freiheit*), y no estaría protegido por el artículo 5, apartado 3 de la Ley Fundamental de Bonn, sino, en todo caso, por el artículo 7 de dicha Norma Suprema⁷. No obstante, es ésta una cuestión polémica, y algunos autores ponen en duda que sólo esté garantizada la libertad de cátedra cuando se dan conjuntamente ciencia, investigación y enseñanza. Un punto de referencia importante en esta discusión es el breve opúsculo de Knemeyer sobre la libertad de cátedra publicado en 1969⁸.

6. EPPING, V., *Gesetz über die Universitäten des Landes Nordrhein-Westfalen. Kommentar*, (coord. Leuze/Bender), Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1997, § 48, Nota marginal 41.

7. Vid., p. ej., las siguientes referencias: STARCK, Ch., en: von Mangoldt/Klein/Starck, *GG Kommentar*, Art. 5 Abs. 3, Nota marginal 228, especialmente la nota al pie de página 137; SCHOLZ, R., en: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *GG Kommentar*, München, 1994, Art. 5 Abs. 3 GG, Nota marginal 107. JARASS, H. D., en Jarass/Pieroth, *Grundgesetz Kommentar*, Art. 5 GG, Nota marginal 77 a. En sentido contrario, DENNINGER, E., en *Alternativkommentar zum GG*, 2. Auflage 1989, Art. 5 Abs 3 GG, Nota marginal 31 y ss.

8. KNEMEYER, F.-L., *Lehrfreiheit. Begriff der Lehre. Träger der Lehrfreiheit*, Editorial Gehlen, Bad Homburg v. d. H., 1969, p. 11.

El problema cobra especial importancia en la actualidad, pues se están produciendo algunas modificaciones en el sistema educativo a través de la aprobación de nuevas normas, en las que no queda tan clara la unión entre docencia e investigación universitarias. Esta unidad se ve de algún modo matizada a medida que se masifican y profesionalizan los estudios universitarios. La pretendida igualdad de condición del profesor universitario y el alumno, en el sentido de que entre los dos se aventuran a la búsqueda de la verdad, ha dejado de ser real. El profesor se sitúa ante grupos de alumnos muy numerosos, e inevitablemente la Universidad se jerarquiza, es decir, la figura del profesor pasa a estar por encima del colectivo de estudiantes, ya no dialoga con ellos, sino que imparte lecciones magistrales, salvo en casos excepcionales, como seminarios o grupos de investigación de tamaños reducidos. El alumno universitario es cada vez menos crítico con lo que el profesor expone, y al no haber intercambio de ideas, se rompe la unidad o al menos la íntima relación existente entre la enseñanza y la investigación. El flujo ya no es mutuo. Es decir, para impartir una buena lección, el profesor debe estudiar e investigar, pero de sus lecciones el profesor no extrae nuevas ideas para su investigación.

Este cambio en el esquema de la enseñanza universitaria introduce también modificaciones en otros conceptos tradicionales propios de ese ámbito. Por ejemplo, ya no es tan clara la diferencia entre un profesor universitario y el de una Escuela Técnica, o incluso el maestro de un *Gymnasium* (el equivalente alemán a nuestros institutos de Bachillerato o centros de Enseñanza Secundaria). En el primero de los casos, esta modificación ya ha tenido su reflejo normativo, al tratarse por igual en determinadas normas a los profesores universitarios y a los de Escuelas Técnicas.

3. CONCEPTO DE *LEHRFREIHEIT* DEFINIDO POR EL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Hemos de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán para encontrar un concepto de la libertad de cátedra, puesto que no se define en el artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn. A partir de la definición de enseñanza (*Lehre*) como “la transmisión científicamente fundamentada de los conocimientos adquiridos a través de la investigación”⁹, el *Bundesverfassungsgericht* entiende por libertad de cátedra el derecho que tiene el docente para la libre elección de objeto, forma, método y contenido. Forman parte de la enseñanza la celebración de actividades docentes en el marco de la Universidad (*Lehrveranstaltungen*), especialmente las lecciones (*Vorlesungen*), clases prácticas (*Übungen*), seminarios y coloquios, así como la fijación de contenidos y métodos, junto con las formas de transmisión y expresión de estos conocimientos¹⁰. La jurisprudencia establece como criterio identificativo de la libertad de cátedra que la tarea docente se lleve a cabo de modo independiente y autónomo¹¹.

9. Die “wissenschaftlich fundierte Übermittlung der durch die Forschung gewonnenen Erkenntnisse”. Cfr. BVerfGE 35, 79 (113 y 125).

10. EPPING, V., *Gesetz über die Universitäten des Landes Nordrhein-Westfalen. Kommentar, op. cit.*, § 48, Nota marginal 37. Cfr. también HAILBRONNER, K., en Hailbronner (coord.), *Hochschulrahmengesetz. Kommentar*, § 3, Nota marginal 57 y ss.; OPPERMAN, Th., en Isensee/Kirchhof, *Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1989, Tomo VI, Heidelberg, 1989, § 145, Nota marginal 26.

11. “El derecho de libertad garantizado a través del art. 5 3 GG, que no es una mera prolongación de la libertad de expresión, excluye la posibilidad de que el científico esté sujeto a cualquier tipo de obligación, en el ámbito de las tareas que tiene encomendadas, con respecto al contenido de su investigación y enseñanza. Puesto que el art. 5.3.1 GG protege a los científicos no sólo de la agresión del Estado, sino también frente a las decisiones de los órganos de gobierno universitarios, aquéllos son molestados dentro de ese ámbito, si estas medidas pretendiesen establecer una determinada orientación de la enseñanza referida a la presentación de una singular actividad docente”. Cfr. OVG Berlin, Sentencia de 1 de junio de 1972, en DVBl. 1972, pp. 738 y 739. Se dice tam-

El ámbito de validez personal y material de este derecho fundamental va más allá del concepto original de la libertad científica, que vinculaba este derecho a la idea de resistencia por parte del docente —en cuanto funcionario público— ante cualquier agresión por parte del Estado. Hoy el ámbito se extiende a toda actividad científica dentro y fuera de la Universidad, y sin tener en consideración si el científico actúa como funcionario al servicio de las administraciones públicas¹².

La libertad científica no dispensa del respeto a los demás derechos y libertades fundamentales protegidos en la *Grundgesetz*, así como a las condiciones elementales de la vida en sociedad, previstas en ordenamiento jurídico estatal: así, por ejemplo, un límite potencial a la libertad de cátedra y de investigación sería el necesario respeto a la naturaleza y el medio ambiente, así como el respeto a los animales (en lo que se refiere a la investigación con ellos), de acuerdo con lo legalmente previsto¹³.

bién en esta Sentencia que los únicos límites que puede tener la libertad de cátedra son los que la Constitución fija para los derechos de libertad, y no puede ser relativizada por normas de rango diferente, o cláusulas indeterminadas. “El ámbito de libertad protegido a través del artículo 5.1 GG está sometido solamente a aquellas fronteras resultantes del concepto de científicidad (*Wissenschaftlichkeit*). El derecho fundamental abarca la expresión de opiniones científicas, para lo cual es fundamental que se concreten en metas de conocimiento de la verdad y en los métodos adecuados para alcanzarlo. Por ello no deben ser impedidas tampoco expresiones de naturaleza política, siempre que se sitúen en un ámbito más o menos cercano al de la materia de estudio”; VGH BW, ESVGH 25, 144 y ss.

12. BADURA, P., *Staatsrecht*, 2ª. ed., C.H.Beck, 1996, Nota marginal 78.

13. TRUTE, H. H., *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen, 1994; BADURA, P., *Staatsrecht*, op. cit., pp. 174-175.

4. NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA NORMA QUE AMPARA LA LIBERTAD DE CÁTEDRA. EL ART. 5. 3 GG COMO NORMA ABIERTA

De acuerdo con Alexy¹⁴, dentro del tipo de normas de derechos fundamentales expresadas directamente por enunciados de la *Grundgesetz*, encontramos alguna semánticamente abierta, como es el art. 5.3.1 GG. Esta norma requiere a su vez concreciones sobre su contenido¹⁵. Los enunciados que la concretan expresan también normas, y mantienen con el texto constitucional una *relación de precisión*. A su vez existe una *relación de fundamentación* entre la norma que hay que precisar y la norma precisante. Aquellas normas que no son estatuidas directamente por el texto constitucional, sino que son precisiones del mismo, son denominadas por Alexy normas *adscriptas*. En conclusión, dentro de las normas de derechos fundamentales hay dos tipos: las normas directamente estatuidas por la Constitución y las normas de derecho fundamental a ellas adscriptas.

Alexy sitúa la norma que regula la libertad de cátedra en la Ley Fundamental de Bonn entre las que necesitan concreción posterior a través de otros enunciados, que expresan normas *adscriptas* de derecho fundamental.

Lo afirmado en el art. 5.3.1 de la LF (“La ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”), debe ser entendido normativamente, es decir, ciñéndonos al contenido estricto de la norma, que tiene una eficacia directa. Pero esta norma es “muy impre-

14. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (primera reimpresión).

15. Al hablar del art. 5.3.1 de la GG, Alexy va precisando cuáles pueden ser las diversas concreciones del enunciado constitucional, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Es lo que estudiaremos en las próximas líneas del texto. Cfr. *Ibid.*, pp. 67 y ss.

cisa. Su imprecisión es de naturaleza doble. Es abierta tanto semántica como estructuralmente”¹⁶.

a) Es *semánticamente abierta* debido a la imprecisión de las expresiones “ciencia”, “investigación” y “enseñanza”. Esta imprecisión puede ser reducida estableciendo reglas semánticas. El Tribunal Constitucional Federal formula este tipo de reglas semánticas cuando dice que actividad científica es todo aquello “que, por su contenido y su forma, debe ser considerado como un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad”¹⁷, o cuando afirma que no se está frente a una actividad científica en el caso de que “conocimientos obtenidos reflexivamente son asumidos en su voluntad como motivaciones de su acción política por un partido político, es decir, por un grupo que, esencialmente, está decidido a actuar activamente en la vida estatal”¹⁸.

Alexy propone en función de ello una reformulación de la norma constitucional que protege la libertad de cátedra: “Todo aquello que por su contenido y forma es un intento serio y planificado de descubrimiento de la verdad debe ser libre”.

b) La apertura estructural, que caracteriza numerosas disposiciones de derecho fundamental, se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que del mero mandato de que la ciencia, la investigación y la enseñanza deben ser libres no se infiere si esta situación ha de ser alcanzada por medio de acciones del Estado o consiste en omisiones del Estado, y si la existencia o realización de esta situación presupone o no derechos subjetivos del científico por lo que respecta a la libertad de ciencia. El Tribunal Constitucional Federal responde a estas cuestiones de la siguiente manera:

16. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 67.

17. “(...) was nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist”. Cfr. BVerfGE 35, 79 (113).

18. “ (...) die betrachtend gewonnenen Erkenntnisse von einer politischen Partei, also einer ihrem Wesen nach zu aktivem Handeln im staatlichen Leben entschlossenen Gruppe, in ihren Willen aufgenommen, zu Bestimmungsgründen ihres politischen Handelns gemacht werden”. Cfr. BVerfGE 5, 85 (146).

1. “El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el libre cultivo de la ciencia libre y su transmisión a las futuras generaciones, facilitando los medios personales, financieros y organizativos”¹⁹.

2. “Todo aquel que trabaje en la ciencia, la investigación y la enseñanza –bajo reserva del deber de fidelidad de acuerdo con el artículo 5.3.2 LFB²⁰– tiene un derecho de defensa frente a toda influencia estatal en el proceso de obtención y transmisión de los conocimientos científicos”²¹.

Alexy denomina *relación de precisión* a la relación que se establece entre este tipo de normas y el texto constitucional, ya que se encargan de aclarar qué está ordenado, prohibido o permitido. A esta vinculación se le agrega otra *relación de fundamentación* entre la norma que hay que precisar y la norma precisante. El Tribunal Constitucional Federal, al suponer las normas presentadas, parte del hecho de que hay que suponerlas porque la Constitución contiene el art. 5.3.1.

Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que son expresadas directamente a través de enunciados de la Constitución, sino también normas como las que define el Tribunal Constitucional. Al no ser estatuidas directamente por la Constitución, Alexy las califica como *normas adscriptas* a la Constitución²².

19. “Der Staat hat die Pflege der freien Wissenschaft und ihre Vermittlung an die nachfolgende Generation durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern”. Cfr. BVerfGE 35, 79 (114 y ss.).

20. “La libertad de cátedra no exige de la lealtad a la Constitución”.

21. “Jeder, der in Wissenschaft, Forschung und Lehre tätig ist, hat –vorbehaltlich der Treuepflicht gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG– ein Recht auf Abwehr jeder staatlichen Einwirkung auf den Prozeß der Gewinnung und Vermittlung wissenschaftlicher Erkenntnisse”. Cfr. BVerfGE 35, 79 (112 y ss.). Esta idea se ha repetido posteriormente con frecuencia. Recientemente, cfr. BVerfGE 90, 1 (12).

22. ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pp. 66-70.

Desde el punto de vista del Estado, el Tribunal formula un mandato, al afirmar que “debe garantizarse al titular del derecho individual del artículo 5.3 LF, a través de adecuadas estructuras liberales de la universidad, tanta libertad en su actividad científica como sea posible, tomando en cuenta las tareas de la universidad y los intereses de los diferentes titulares de derechos fundamentales que trabajan en la universidad”²³.

Por ejemplo, en la sentencia comentada, dice el Tribunal Constitucional Federal: “Sin embargo, la obligación del Estado de realizar la máxima medida alcanzable de libertad en la actividad científica tropieza con los límites naturales que resultan de la confluencia de las pretensiones de varios titulares de derechos fundamentales y del tomar en cuenta otros intereses relevantes de la comunidad”²⁴. En función de esa ponderación se concretará, en cada supuesto particular, la posición jurídica del individuo.

En todo caso, del artículo 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, y de su carácter de norma abierta, podrían deducirse también, en mi opinión, consecuencias aplicables a otros tipos de docencia no exclusivamente universitarias, como la propia de las *Fachhochschulen* (lo cual se admite ya en Alemania, con matices) y de los *Gymnasium*. Todo depender de la interpretación que pueda darle el tribunal Constitucional Federal que, cierto es, por ahora nunca ha contemplado esta posibilidad.

23. “Ist den Trägern des Individualrechts aus Art. 5 Abs. 3 GG durch geeignete freiheitliche Strukturen der Universität soviel Freiheit in ihrer wissenschaftlichen Betätigung zu gewähren, wie dies unter Berücksichtigung der Aufgaben der Universität und der Belange der verschiedenen in der Universität tätigen Grundrechtsträger möglich ist”. Cfr. BVerfGE, 35, 79 (123 y ss.).

24. “Jedoch stößt die Verpflichtung des Staates, das irgend erreichbare Maß an Freiheit der wissenschaftlichen Tätigkeit zu verwirklichen, auf die natürlichen Grenzen, die sich aus dem Zusammentreffen der Anliegen mehrerer Grundrechtsträger und aus der Rücksicht auf andere gewichtige Gemeinschaftsinteressen ergeben”. Cfr. BVerfGE 35, 79 (122).

5. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA: LA LIBERTAD PEDAGÓGICA (*PÄDAGOGISCHE FREIHEIT*)

Hemos comentado ya cómo la libertad de cátedra se predica sólo de los docentes que desempeñan su función en la Universidad —más adelante veremos si de todos los que ejercen la docencia universitaria o sólo de algunos—. En consecuencia, el ámbito de libertad que tiene un maestro en la escuela estaría protegido no por la libertad de cátedra, sino por su libertad pedagógica. Aunque un pequeño sector de la doctrina alemana sostiene que el art. 5.3.1 GG sirve también como fundamento constitucional de esta libertad pedagógica de los docentes no universitarios, la mayoría niega esta posibilidad.

Esta polémica alemana no ha sido bien trasladada por algunas publicaciones aparecidas en España. Así, Embid Irujo sostiene que es “cada vez más discutida”²⁵ la interpretación restrictiva del art. 5.3. También Salguero dice que “fue tomando cada vez más relevancia la tesis de que esa libertad pudiera predicarse de los profesores de todos los niveles educativos”²⁶. Con independencia de mi desacuerdo con la posición doctrinal mayoritaria en Alemania, creo que no es correcta la apreciación de estos autores españoles, puesto que en los últimos años no ha habido casi ninguna opinión discrepante en Alemania sobre esta cuestión. En otras palabras, la discusión sobre esta materia es prácticamente inexistente desde los años setenta, y se admite de manera abrumadoramente mayoritaria que la protección constitucional de la libertad docente afecta sólo a los profesores universitarios.

Parte la doctrina alemana de un acuerdo prácticamente general sobre la existencia de una fáctica libertad pedagógica de los maestros, en el sentido de que poseen una responsabilidad peda-

25. EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 110.

26. SALGUERO, M., *Libertad de cátedra y derechos de los centros educativos*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 72.

gógica individual²⁷, término que incluso se recoge en algunas leyes educativas²⁸. La organización de las clases y la valoración del rendimiento de los alumnos se sitúan en la esfera de dominio de cada maestro²⁹. El *status* de éste tiene una doble vertiente: por un lado es un funcionario al servicio de las administraciones públicas, por otro desempeña una función de educador y transmisor de conocimientos³⁰. La primera de estas vertientes es vista con recelo por algunos docentes, pues desean verse libres del control del Estado. Pero, por otro lado, esta competencia estatal es necesaria para garantizar la calidad de la enseñanza y el respeto a la ideología y pensamiento de los alumnos y sus padres.

Por lo que respecta a la función de transmisión de conocimientos, en la práctica es el maestro el que educa, no el Estado ni la escuela³¹. El personal docente es una suerte de órgano ejecutivo del Estado en la escuela pública, en tanto que posee una concreta capacidad pedagógica y juzgadora. En las escuelas no estatales, aunque el maestro debe respetar el marco en el que desempeña su labor (pensemos en la posible existencia de un carácter ideológico propio del centro docente), tiene también un margen de libertad, porque, en última instancia, sólo a él le corresponde estar en contacto directo con los alumnos. Desde el punto de vista

27. HECKEL, H., "Rechte und Pflichten des Lehrers", en Nevermann/Richter (Coord.), *Rechte der Lehrer-Rechte der Schüler-Rechte der Eltern*, 1977, pp. 46 y ss.

28. Se habla de responsabilidad pedagógica directa (*unmittelbare pädagogische Verantwortung*), como pone de relieve PERSCHEL, W., "Die Lehrerfreiheit des Lehrers", DÖV, 1970, p. 35.

29. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., Art. 7 GG, Nota marginal 59.

30. OSSENBÜHL, F., "Die Rechtsstellung des Lehrers –unter besonderer Berücksichtigung der pädagogische Freiheit", en Realschullehrerverband Nordrhein-Westfalen (Ed.), *Schule im Rechtsstaat. 10. Mühlheimer Kongreß*, 1977, p. 22.

31. GALLWAS, H.-U., "Verfassungsrechtliche Aspekte der pädagogischen Freiheit", en Lerche, P. (Coord.), *Festschrift für Th. Maunz zum 80. Geburtstag*, 1981, p. 71.

constitucional, el art. 7.1 GG (“El sistema escolar en su conjunto se encuentra bajo la inspección del Estado”) no impide sostener la existencia de una efectiva libertad pedagógica de los docentes³².

El problema no es tanto el reconocimiento de un campo libre de actuación para los maestros en la escuela —difícil de negar— como determinar si existe una garantía constitucional de su libertad pedagógica. Para fundamentar la opinión positiva se han traído a colación básicamente dos argumentos: en primer lugar; la “tendencia global favorable a la libertad de la Constitución alemana”³³, de la cual se deduciría que sólo un maestro libre puede formar a sus alumnos como ciudadanos libres; en segundo lugar, la negativa experiencia que ha aportado, desde el punto de vista pedagógico, una intervención cada vez más intensa de la Administración sobre las escuelas y los contenidos de las propias lecciones³⁴, así como un cada vez mayor control judicial sobre las decisiones escolares³⁵. Una protección constitucional del ámbito libre de actuación de los maestros podría prevenir este problema. Habría de verse si las medidas tomadas por el Estado sobre la fijación de los métodos y contenidos de la docencia deben respetar

32. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., Art. 7 GG, Nota marginal 59. PÜTTNER, “Schulrecht”, en Achterberg/Püttner (Coord.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Tomo 1, 1990, Sección 3/2, Notas marginales 275 y 281.

33. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., Art. 7 GG, Nota 59.

34. Afirma Perschel que la denominación de “funcionarios de la enseñanza” (*Unterrichtsbeamten*) que a veces se ha dado a los docentes, para remarcar su situación de miembros del servicio público, “no sólo ha creado malestar (...), sino que se considera como un grave insulto, y genera situaciones personales en las cuales se suele atribuir a la clase docente una hipotética o real infravaloración social”. Cfr. PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, op. cit., p. 34.

35. GALLWAS, H.-U., “Verfassungsrechtliche Aspekte der pädagogischen Freiheit”, en Lerche, P. (Coord.), *Festschrift für Th. Maunz zum 80. Geburtstag*, 1981, p. 71. Sobre la “juridificación” y normativización de las lecciones en las escuelas, vid. KOPP, F., “Die pädagogischen Freiheit des Lehrers, Grundlagen und Grenzen”, *DÖV*, 1979, p. 891.

la libertad pedagógica de los maestros. Esta cuestión concierne a todos los sujetos afectados en el ámbito educativo: padres, escuelas, maestros y alumnos, y por ello el problema adquiere dimensiones importantes³⁶.

Ni en la *Grundgesetz* ni en las diversas constituciones de los *Länder* se hace referencia expresa a la libertad pedagógica de los maestros. La posible fundamentación constitucional de dicha libertad se basaría bien en los propios derechos fundamentales del maestro (en especial art. 5.3.1 GG, art. 5.1 GG, art. 4.1 GG, art. 12.1 GG y art. 2.1 GG), bien en los derechos fundamentales de los padres y alumnos. El derecho (hipotéticamente *fundamental*) de libertad pedagógica se tomaría en cuenta, por un lado, en relación con el derecho fundamental de libertad de expresión y opinión (art. 5.1 GG) del maestro como ciudadano –y no como funcionario público, cuando se trata de escuelas estatales³⁷–, y por otro en cuanto que, como pedagogo, tiene un ámbito personal de libre actuación y de valoración del rendimiento de los alumnos que tiene encomendados³⁸.

Lo que en este momento nos interesa es dilucidar si el derecho fundamental de libertad científica y de cátedra que se reconoce en el art. 5.3.1 es aplicable o no a los maestros, cuestión que, como

36. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., Art. 7 GG, Nota 60.

37. En cuanto que funcionario público en el ámbito educativo, el maestro tiene muy limitada su libertad de expresión, como por ejemplo se puso de relieve, entre otras muchas, en la Sentencia del *Bundesverwaltungsgerichts* de 25 de enero de 1990. En ese caso, se consideró que un maestro no puede llevar un distintivo (una pegatina o similar) que contuviese algún mensaje contra la energía nuclear. Una manifestación externa de este tipo se trataría de una violación de la obligación que el maestro tiene, durante el desempeño de sus funciones docentes, de moderar sus expresiones políticas. Cfr. BVerwGE 84, 292 y ss.

38. HENNECKE, “Versuch einer juristischen Begründung von pädagogischer Freiheit”, RdJB 1986, pp. 235 y 236. Sobre la evolución histórica de los esfuerzos por lograr una autonomía en el campo pedagógico, vid. STOCK, M., “Die pädagogische Freiheit des Lehrers im Lichte des schulischen Bildungsauftrags”, RdJB 1986, pp. 212 y ss.

estamos viendo, es muy controvertida³⁹. El texto literal del artículo no indica a primera vista que se esté limitando la libertad de cátedra sólo al ámbito universitario⁴⁰. Investigación y enseñanza son declaradas libres, de modo aparentemente autónomo, por la Constitución. Sin embargo, la doctrina dominante opina que deben entenderse de modo conjunto, y por ello refieren este artículo sólo a la capacidad docente e investigadora universitaria⁴¹. En la escuela no existiría investigación, entendiendo por tal la búsqueda sistemática de la verdad y de nuevos conocimientos científicos, sino que simplemente se transmiten conocimientos adquiridos a través del trabajo de otros o se forma en la adquisición de determinadas habilidades⁴².

La postura contraria encuentra esta interpretación del art. 5 GG demasiado restrictiva⁴³. Según esta tesis, para que investigación y

39. Cfr. DENNINGER, E., *Alternativ Kommentar zum GG*, Art. 5 GG, Nota marginal 31; SCHULZ-PRIESSNITZ, A., *Einheit von Forschung und Lehre*, 1981; WUSSOW, U., "Garantiert das Grundgesetz die Einheit von Forschung und Lehre?", *WissR*, 13,1980.

40. KNEMEYER, F. L., *Lehrfreiheit. Begriff der Lehre. Träger der Lehrfreiheit*, op. cit., p. 10.

41. STARCK, Ch., "Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht", *DÖV*, 1979, pp. 269-275; HECKEL, H., *Schulrecht und Schulpolitik*, Frankfurt, 1967 (capítulo sobre "Pädagogische Freiheit und Schulaufsicht", pp. 193-214); PÜTTNER, "Schulrecht", op. cit., Nota marginal 282; RICHTER, en *Alternativ Kommentar zum GG*, Art. 7, Nota marginal 36. En cuanto a la jurisprudencia, puede verse la sentencia del Tribunal Superior Administrativo de Lüneburg; OVG Lüneburg, Sentencia de 17.07.96, NVwZ 1998, p. 94.

42. Algunos incluso afirman que, si un maestro criticase al Estado, la Religión, al Gobierno, estaría violando las obligaciones propias de su cargo, puesto que estaría contradiciendo la naturaleza y finalidad de su relación de servicio para con el estado. Cfr. HÄNTZSCHEL, "Das Recht der freien Meinungsäußerung", en Anschütz y Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, tomo II, Tübingen, 1932, p. 671.

43. Utilizando una comparación con el reconocimiento de la libertad pedagógica de todos los maestros en Italia, y estableciendo un paralelismo entre el art. 5.3 GG y el art. 33.1 de la Constitución italiana, vid. KOPP, F., "Die pädagogischen Freiheit des Lehrers, Grundlagen und Grenzen", *DÖV*,

enseñanza tuvieran que entenderse necesariamente vinculadas, deberían haberse unido ambas palabras con el pronombre posesivo “su”, es decir, “la investigación y su enseñanza son libres”. Como no se ha hecho así, la enseñanza de la que se habla puede consistir en la transmisión a los demás de conocimientos propios o ajenos, de ciencia propia o ajena. La *Grundgesetz* no aspira a ninguna perfección científica o lingüística⁴⁴, y de su texto literal no se desprende ninguna conclusión que impida la consideración de la enseñanza en este sentido.

Podría entenderse incluso, según este sector de la doctrina, la libertad pedagógica como incluida en el concepto de ciencia del art. 5 GG. Si la ciencia es la búsqueda sistemática, seria y ordenada de la verdad⁴⁵, no puede decirse que los maestros no la practiquen. También ellos están interesados en el encuentro y la transmisión de la verdad a sus alumnos⁴⁶. La enseñanza garantizada por el art. 5.3 GG no está unida a ningún determinado “medio”, ni a una concreta persona o institución⁴⁷.

Cierto es que los orígenes de la libertad científica se sitúan en el marco de los esfuerzos liberales y democráticos de la primera

1979, p. 892, que sin embargo ve esta libertad pedagógica limitada a su vez por el contenido del art. 7.1 GG. Defienden la aplicabilidad del art. 5.3 GG a los maestros también CLEVINGHAUS, “Lehrerrecht mi Blickwinkel des Recht auf Bildung”, RdJB 1975, pp. 25 y ss.; PERSCHEL, W. “Die Lehrerfreiheit des Lehrers”, DÖV, 1970, pp. 34-40; DENNINGER, E., *Alternativ Kommentar zum GG*, Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Notas marginales 28 a 32.; STAFF, I., “Schulaufsicht und pädagogische Freiheit des Lehrers”, DÖV, 1969, pp. 627 y ss.; KOLLATZ, U., “Freiheit des Lehrers vom Grundgesetz?”, DÖV, 1970, pp. 594 y ss.

44. KNEMEYER, F. L., *Lehrfreiheit, Begriff der Lehre. Träger der Lehrerfreiheit*, op. cit., p. 12.

45. SCHOLZ, R., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, München 1994, Art. 5. 3 GG, Notas marginales 85 y ss. Puede verse esta misma idea en la jurisprudencia constitucional: BVerfGE 35, 79 (112); BVerfGE 47, 327 (367); BVerfGE 90, 1 (11 y 12).

46. LAASER, A., *Wissenschaftliche Lehrerfreiheit in der Schule. Geschichte und Bedeutungswandel eines Grundrechts*, Königstein, 1981, p. 20.

47. KNEMEYER, F. L., *Lehrfreiheit. Begriff der Lehre. Träger der Lehrerfreiheit*, op. cit., p. 35.

mitad del siglo XIX, y que podría ser válida también su aplicación al ámbito escolar, en coherencia con el ideal educativo de la época⁴⁸. La primera vez que se reconoció constitucionalmente la libertad de cátedra fue en la Constitución imperial del Reich (*Verfassung des Deutschen Reiches*) de 28 de marzo de 1849. Aunque en la redacción del § 152 no queda claro a qué ámbito se aplica, en las Actas de los debates sí se aprecia que se limita solamente a los profesores universitarios⁴⁹. En el desarrollo de las deliberaciones constitucionales se reclamó la libertad de cátedra también para los maestros, pero se referían fundamentalmente a una protección frente al influjo de las iglesias en la docencia⁵⁰. Con independencia de que este precepto de la Constitución de 1849 no llegó nunca a aplicarse, tampoco este momento histórico nos ayuda a solucionar la cuestión que estamos investigando.

Aunque el texto literal del artículo 5.3 GG no arroja muchas luces sobre esta polémica, sí puede afirmarse que no impone necesariamente una limitación de la libertad pedagógica (en cuanto que análoga a la de cátedra) al ámbito universitario⁵¹. Recordemos que la última vez que se había regulado la libertad de cátedra a nivel constitucional fue en el art. 142 de la Constitución

48. Combatían, por ejemplo, los liberales, contra las muy restrictivas Resoluciones de Karlsbad (*Karlsbader Beschlüsse*) de agosto de 1819, que limitaron mucho la libertad de los profesores universitarios, afectando incluso al contenido de la docencia. Cfr. LAASER, A., *Wissenschaftliche Lehrfreiheit in der Schule. Geschichte und Bedeutungswandel eines Grundrechts*, op. cit., p. 281. Sobre el desarrollo histórico de la libertad de cátedra, vid. KRÜGER, H., "Lehre", en Flämig y otros (Coord.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, Tomo 1, segunda edición, Springer, Berlín, 1996, pp. 309-322, (trad. al español de C. Vidal, en: Krüger, H., "La libertad de cátedra en Alemania", en *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 45, 1999, pp. 149-176).

49. KNEMEYER, F. L., *Lehrfreiheit. Begriff der Lehre. Träger der Lehrfreiheit*, op. cit., p. 15.

50. KNEMEYER, F.L., *Ibid.*, p. 15; PERSCHEL, W. "Die Lehrfreiheit des Lehrers", *DÖV*, 1970, p. 34.

51. VON MÜNCH, I., "Die pädagogische Freiheit des Lehrers. Ein Beitrag zur Rechtsstellung des Lehrers an öffentlichen Schulen", *DVBl.* 1964, p. 793.

de Weimar, en el que se decía claramente “el arte, la ciencia y su enseñanza son libres”, lo cual no ofrecía dudas sobre su aplicación únicamente al ámbito universitario⁵². Podría pensarse que el cambio en la formulación de la Ley Fundamental de 1949 con respecto a la Constitución de Weimar, al hablar de ciencia, investigación y enseñanza separadamente, significa una extensión del ámbito de aplicación de esta libertad más allá de la Universidad. Sin embargo, el análisis de las Actas del Consejo Parlamentario no aporta nuevos elementos, porque este problema no se trató en absoluto⁵³.

Históricamente sabemos únicamente que, desde el punto de vista de la eficacia jurídica, los maestros no han poseído nunca una libertad pedagógica constitucionalmente protegida, y que la libertad de cátedra sólo se ha reservado tradicionalmente en Alemania a los profesores universitarios⁵⁴. No encontramos en el desarrollo histórico de esta libertad ninguna referencia a su extensión a otros ámbitos⁵⁵. No obstante, vamos a continuar profundizando sobre esta cuestión al hablar del sujeto de la libertad de cátedra.

52. LAASER, A., *Wissenschaftliche Lehrfreiheit in der Schule. Geschichte und Bedeutungswandel eines Grundrechts*, op. cit., p. 15.

53. LAASER, A., *Ibid.*, p. 14.

54. KNEMEYER, F. L., *Lehrfreiheit. Begriff der Lehre. Träger der Lehrfreiheit*, op. cit., p. 17.

55. Salvo la opinión negativa de PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, *DÖV*, 1970, p. 37, en donde sostiene una interpretación del art. 5.3 GG según la cual, junto a la garantía de la libertad científica y de investigación, se reconoce también una garantía de libertad de cátedra para los maestros de las escuelas.

6. SUJETO

a) *Los profesores universitarios*

En función del concepto de enseñanza (*Lehre*) dominante en la doctrina alemana, los únicos sujetos capaces de desarrollar esta actividad son los profesores universitarios, y por tanto sólo ellos serían titulares de la libertad de cátedra. El Tribunal Constitucional federal alemán entiende como profesor universitario (en sentido material) sólo aquél investigador o docente al que, a través de la oposición a una cátedra universitaria (*Habilitation*) u otra prueba de cualificación, se le encomienda una materia científica de enseñanza e investigación, con autonomía propia⁵⁶.

Existe, sin embargo, una cuestión polémica al respecto: si los profesores de escuelas técnicas superiores (*Fachhochschulen*) pueden ser considerados también profesores universitarios, y, por tanto, sujetos con derecho a la libertad de cátedra. Aunque la jurisprudencia ha sido hasta hace unos años restrictiva, la mayor parte de la doctrina sostiene que, si bien la cualificación de la enseñanza de las universidades y las escuelas técnicas superiores no es idéntica, está sin embargo fuera de duda que también los profesores de escuelas técnicas superiores son titulares del derecho a la libertad de cátedra en el marco de las funciones a ellos encomendadas⁵⁷.

56. "Dabei ist unter Hochschullehrer unabhängig von der beamtenrechtlichen Abgrenzung der Forscher und Lehrer zu verstehen, der aufgrund der Habilitation oder eines sonstigen Qualifikationsbeweises mit der selbständigen Vertretung eines wissenschaftlichen Fachs in Forschung und Lehre betraut ist". Cfr. BVerfGE 43, 242 (268).

57. Cfr. BVerfGE 47, 327 (389). Vid. también KRÜGER, H., "Lehre", en Flämig y otros (Coord.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, op. cit., 1997, p. 313.

Una minoría doctrinal sostiene, por el contrario, que la docencia de un profesor de *Fachhochschule* no es científica⁵⁸. Se expone como diferencia principal entre los profesores universitarios y los de escuelas técnicas superiores el hecho de que la tarea primordial de éstos es simplemente la docencia —una buena parte de la cual se basa en clases prácticas—, mientras que en el caso de los profesores universitarios, su actividad se reparte entre la docencia — eminentemente teórica— y la investigación⁵⁹. Esto es lo que motiva también que para impartir clase en una Escuela Técnica no sea necesaria la Habilitación, mientras que sí lo es para la Universidad. El problema que plantea esta diferenciación es que recuerda mucho a la que se alega también con respecto a la enseñanza escolar no universitaria.

Sin embargo, la legislación más reciente no distingue de modo tan claro. La Ley Marco federal de Universidades (*Hochschulrahmengesetz*), en el § 3, párrafo 3, garantiza la libertad de cátedra, con independencia del tipo de Escuela Superior del que se trate. De ahí que la doctrina sea unánime en considerar incluidos en ese precepto también a los profesores de escuelas técnicas (*Fachhochschulen*)⁶⁰. Las diversas Leyes universitarias de los *Länder* recogen textualmente o de modo análogo este precepto de la Ley

58. BAUER, T., *Wissenschaftsfreiheit in Lehre und Studium*, Berlín, 1980, p. 58; SCHOLZ, R., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., Art. 5 Abs. 3 GG, Nota marginal 104 y ss.

59. Es muy diferente, por ejemplo, el número de horas de clase para un profesor de Universidad que para el de una Escuela Técnica. En Renania del Norte Westfalia, por ejemplo, los primeros imparten 8 horas semanales de clase, mientras que los segundos imparten 18. Cfr. EPPING, V., *Gesetz über die Universitäten des Landes Nordrhein-Westfalen. Kommentar*, § 48, Nota marginal 5.

60. HAILBRONNER, K., en Hailbronner (Coord.), *Hochschulrahmengesetz Kommentar*, § 2, Nota marginal 92; LÜTHJE, J., “Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung, Lehre und Studium”, en Denninger, E. (Coord.), *Hochschulrahmengesetz Kommentar*, München, 1984, § 3, Nota marginal 27; BAUER, T., *Wissenschaftsfreiheit in Lehre und Studium*, Berlin, 1980, p. 58.

Marco federal, incluyendo también a las escuelas técnicas superiores⁶¹.

Ya hemos considerado el carácter abierto del art. 5.3 GG, que no es una norma que garantiza una concreta política de universidades, sino que se trata de una norma constitucional que requiere de un desarrollo concreto⁶². Las escuelas técnicas superiores no se ven afectadas por la competencia estatal sobre el sistema escolar (art. 7.1 GG), puesto que no pertenecen a ese sistema, y, por tanto, no existe ningún fundamento constitucional para excluirlas del ámbito de protección del art. 5.3 GG, como ha sido reconocido también por la jurisprudencia⁶³: “no debería existir ninguna duda de que los profesores de *Fachhochschulen* pueden beneficiarse también de la protección del derecho fundamental de la libertad de cátedra; la enseñanza que ellos desarrollan es en cualquier caso científica y permite un ámbito de libertad de actuación y de pensamiento crítico”⁶⁴.

No es convincente la tesis contraria a esta postura, ya comentada, y que se basa en no considerar como científica la labor de los profesores en las *Fachhochschulen*. A pesar de que se mantenga la diferencia de que unos tienen la habilitación (*Habilitation*) y otros no, la Ley Marco federal de Universidades (§ 44, párrafo 1, números 3 y 4b) los identifica también como científicos, y las Leyes universitarias de los *Länder* consideran asimismo entre sus tareas la investigadora y de desarrollo cientí-

61. WALDEYER, H.-W., “Das Recht der Fachhochschulen”, en Hailbronner (Coord.), *Hochschulrahmengesetz Kommentar*, 15ª. actualización, noviembre 1995, Nota marginal 136 (pp. 111 y 112). Recoge este autor una completa referencia a las leyes universitarias de los diversos *Länder*.

62. WALDEYER, H.-W., *Ibid.*, Nota marginal 137.

63. BVerwG, Decisión (*Beschluß*) del 24.7.86, DVBl. 1986, pp. 1109 y ss.; BayVGH, Decisión (*Beschluß*) del 12.9.84, DÖV, 1985, pp. 496-498; VG Berlin, Sentencia de 16.09.1988, NJW 1989, pp. 1688-1691.

64. BayVGH, Decisión (*Beschluß*) del 12.9.84, DÖV, 1985, p. 497.

fico⁶⁵. Incluso comienzan a aceptar otros sistemas de selección de profesorado sustitutivos de la Habilitación tradicional.

Dentro del ámbito universitario, se ha de concretar además qué tipo de puestos docentes encajan dentro de la figura genérica del profesor. En este sentido, un *Privatdozent*, es decir, un doctor que ha conseguido la Habilitación, pero que todavía no ha sido llamado a ocupar un puesto docente estable en una Universidad, no es profesor universitario en sentido material, puesto que no imparte una materia de enseñanza de modo autónomo, tal como lo exige el Tribunal Constitucional federal para ser considerado profesor universitario. Sin embargo, cuando ese *Privatdozent* se encarga de la explicación de una materia (como sustituto de un profesor o *Lehrvertreter*), es también sujeto de la libertad de cátedra, y goza de los mismos derechos y deberes que un profesor universitario.

Las dos actividades primordiales de un *Professor* son, por tanto, la docencia y la investigación, a través de las cuales se construye la Ciencia (*Wissenschaft*). La unión de estas dos tareas encuentra su consecuencia institucional en el principio académico de la “unidad de investigación y docencia” (*Einheit von Forschung und Lehre*), que había sido ya anticipado por Humboldt.

b) *Los docentes no universitarios: la libertad pedagógica (pädagogische Freiheit)*

Distinto es el caso de los docentes no universitarios, sobre cuyo ámbito de libertad protegido, como ya hemos visto, se ha discutido ampliamente. La mayoría de la doctrina (y toda la jurisprudencia) niega que los docentes no universitarios sean titulares

65. WALDEYER, H.-W., “Das Recht der Fachhochschulen”, en Hailbronner (Coord.), *Hochschulrahmengesetz Kommentar*, op. cit., Nota marginal 139 (p. 115).

de la libertad de cátedra⁶⁶. Sin embargo, han existido algunas voces, sobre todo en los años setenta, favorables a esta posibilidad. En todo caso, de hecho existe un margen de libertad para todo maestro, y a partir de esta premisa se debate sobre dos cuestiones: por un lado, si sólo se trata de libertad pedagógica o se trata de algo más, es decir, libertad de cátedra; por otro, si es posible considerar la libertad pedagógica como un derecho fundamental protegido por la Constitución.

Starck sostiene de modo claro que la libertad pedagógica no puede asemejarse a la libertad de cátedra ni es un derecho fundamental del maestro, puesto que con semejante protección constitucional –análoga a la de la libertad de ciencia, investigación y enseñanza– se le estaría privando al Estado de su competencia para determinar los planes de estudio y los contenidos de la enseñanza no universitaria. La libertad pedagógica es, para dicho autor, una mera consecuencia de la escolaridad obligatoria –es como la otra cara de la moneda (un mero reflejo, *ein bloßer Reflex*)–, que sirve en primer lugar a los intereses del niño, y no a los del maestro, y que está sometido a la autoridad de la dirección de cada escuela y de la inspección escolar del Estado⁶⁷. Parece claro que, en este caso, el art. 7.1 GG, que establece el monopolio estatal para la organización e inspección del sistema escolar, actúa como límite del art. 5.3 GG, por lo cual la actividad docente en la escuela no se sitúa en el ámbito de protección de este último

66. OSSENBÜHL, F., “Die pädagogische Freiheit und die Schulaufsicht”, DVBl., 1982, p. 1160.

67. STARCK, Ch., *Schule und Verfassung*, Köln, 1977. De hecho, en cuanto que el maestro está sometido a la autoridad administrativa, puede recurrir las decisiones que él considere ante el Tribunal administrativo competente. La mayor parte de las veces lo hará fundamentando su recurso en los problemas que se refieren a su relación de servicio con la Administración, y no en una lesión de su derecho de libertad pedagógica. No se trata de una protección de rango constitucional, sino legal.

artículo⁶⁸. El Estado desempeña, en la educación escolar, a través de su facultad de inspección de la enseñanza, una tarea educativa que le corresponde como propia⁶⁹.

Starck considera, como Ekkehart Stein⁷⁰, la libertad pedagógica en relación con el derecho fundamental del menor al libre desarrollo de su personalidad (art. 2.1 GG), y sostiene que de aquí no se deriva ningún derecho fundamental para el maestro, sino la obligación de respetar los derechos fundamentales de los menores. Asimismo sostiene Starck que no puede servir como fundamento de la libertad pedagógica de los docentes la libertad de cátedra contemplada en el art. 5.3 GG, puesto que ello significaría que las competencias estatales sobre la enseñanza escolar (amparadas por el art. 7.1 GG) desaparecerían⁷¹. Estas competencias estatales aparecen como un medio de control por parte de las autoridades educativas públicas hacia la posición de poder (dominante) del maestro, para salvaguardar el interés de los alumnos y los padres⁷², y velar por la protección de la juventud y la infancia, como bien protegido constitucionalmente⁷³.

68. KIMMINICH, O., "Hochschule im Grundrechtssystem", en Flämig y otros (coord.), *Handbuch des Wissenschaftsrechts*, 1997, op. cit., pp. 121-156.

69. Cfr. BVerfGE, 34, 165 (183).

70. Stein elabora el concepto del "derecho a la formación o instrucción libre" (*Rechts auf freie Bildung*). Pueden verse, a este respecto, diversas obras del autor: STEIN, E., *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, 1967, p. 42; *Staatsrecht*, 9ª edición, 1984, pp. 208 y ss. Vid. también HEYMANN, K. D. / STEIN, E., "Das Recht auf Bildung, dargestellt am Beispiel der Schulbildung", AöR 97(1972), pp. 185 y ss.

71. "Die staatliche Schulhoheit wäre aus den Angeln gehoben" afirma STARCK, Ch., en "Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht", DÖV, 1979, pp. 269-275. En el mismo sentido, vid. OSSENBÜHL, F., "Die pädagogische Freiheit und die Schulaufsicht", op. cit., pp. 1157-1165.

72. OSSENBÜHL, F., "Die pädagogische Freiheit und die Schulaufsicht", op. cit., p. 1160.

73. Cfr. BVerfGE 90, 1 (12 y 13); BVerfGE 83, 130 (139); BVerfGE 81, 278 (292).

Starck contesta así a una serie de opiniones que, a principios de los años setenta, algún sector minoritario de la doctrina alemana había hecho públicas. Por ejemplo, Perschel sostenía que si la libertad pedagógica de los docentes no es más que un ámbito fáctico de actuación, en una situación docente determinada, y en el marco limitado de las obligaciones típicas de los funcionarios, entonces “la así llamada libertad pedagógica se convierte una fórmula vacía de contenido. (...) Mucho más adecuada parece la idea de hacer radicar la libertad pedagógica de los docentes en el art. 5.3 GG”⁷⁴. Según Perschel, la libertad pedagógica así entendida no difiere mucho de los criterios de actuación de otros funcionarios públicos, como incluso los policiales, y refleja una escasa comprensión jurídica de la posición de los docentes.

Sin embargo, Starck responde a esta argumentación afirmando que, aunque se debe considerar el carácter individual de cualquier tipo de enseñanza, la educación y pedagogía de la Escuela deberán regularse por ley estatal. “La Escuela –afirma–, en cuanto que actividad del Estado, debe ser incorporada también al Estado de Derecho. ¡No es ninguna provincia autónoma!”⁷⁵. A continuación, justifica Starck medidas como la fijación de los *Curricula*, los requisitos uniformizadores del examen de Bachillerato (*Abitur*), aunque reconoce que existe un exceso de reglamentación por parte de los diversos Ministerios, que puede llegar a ahogar a las escuelas y a los docentes.

Perschel, siguiendo a Staff⁷⁶ y Roellecke⁷⁷, pone en relación el art. 142 de la Constitución de Weimar (“El arte, la ciencia y *su* enseñanza son libres”) y el 5.3 GG (“El arte y la ciencia, la

74. PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, DÖV, 1970, pp. 34-40.

75. STARCK, Ch., “Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht”, op. cit., p. 272.

76. STAFF, I., “Schulaufsicht und pädagogische Freiheit des Lehrers”, DÖV, 1969, pp. 627 y ss.

77. ROELLECKE, G., “Wissenschaftsfreiheit als institutionelle Garantie?”, JZ, 1969, pp. 726 y ss.

investigación y la enseñanza son libres”), y sostiene que en el art. 5.3 GG se está hablando de cuatro conceptos y campos diferentes, a diferencia de la Constitución de Weimar, en la que se vincula la enseñanza a los otros dos, puesto que se habla de “su” enseñanza. En la Ley Fundamental de Bonn, la libertad de cátedra se encuentra coordinada con las libertades de investigación, ciencia y arte, “sin que exista subordinación de la docencia con respecto a la ciencia, la cual era característica de la formulación de Weimar”⁷⁸.

Partiendo de esta argumentación, para Perschel –y para otros autores que están de acuerdo con su posición⁷⁹– no existe diferencia entre la libertad de un docente universitario y de otro que desempeñe su labor en centros no universitarios. Por lo tanto, la libertad de cátedra sería predicable de ambos tipos de sujetos, y no sólo de los universitarios, como sostenía y sostiene el sector mayoritario de la doctrina.

Además, se niega por este sector doctrinal que exista una diferencia constatable entre la enseñanza universitaria y la no universitaria, en el sentido de considerar a la primera de ellas como vinculada a la ciencia y a la segunda no. Si la enseñanza que imparte un profesor universitario coincide sustancialmente con la enseñanza que imparten los maestros, ¿por qué no pensar que el art. 5.3 GG podría aplicarse por analogía también a estos últimos⁸⁰? De modo sintético, la opinión favorable a esta tesis se basa en los siguientes argumentos:

78. PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, op. cit., p. 34.

79. DENNINGER, E., *Alternativ Kommentar zum GG*, Art. 5 Abs. 3 Satz 1, Notas marginales 28 a 32.; STAFF, I., “Schulaufsicht und pädagogische Freiheit des Lehrers”, DÖV, 1969, pp. 627 y ss.; BECK, E., *Die Geltung der Lehrfreiheit des Art. 5 III GG für die Lehrer an Schulen*, Bonn, 1975. Esta última obra se trata de un interesante *Dissertation* (tesis doctoral), leída en Bonn en 1975.

80. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., art. 7 GG, Nota marginal 61.

- a) Los maestros de escuelas no universitarias deben superar, como los profesores de Universidad, unos estudios universitarios, y por tanto, poseen cuando menos una formación intelectual similar.
- b) El alto nivel docente que se encuentra en los niveles superiores de enseñanza (*Gymnasium*) es comparable al de la formación universitaria⁸¹. La creciente “escolarización” (*Verschulung*, en cuanto que se está masificando, y los profesores se ven sometidos a numerosas limitaciones organizativas y normativas) de la Universidad disminuye cada vez más el ámbito de influencia de la enseñanza científica estricta, y por eso resulta discutible el motivo por el cual no se considera también científica la preparación de las clases de un maestro, y por qué no puede “compartir ese honor”⁸² con los profesores universitarios.
- c) La actividad profesional de los maestros ha experimentado además una creciente autonomización, de manera que se está asimilando a la de los profesores universitarios⁸³. Por otra parte, la actividad de los profesores universitarios se ve cada vez más afectada por normas que regulan los tipos de exámenes (*Prüfungsordnungen*), los planes de estudio (*Studienordnungen*), incluso con la obligación de impartir un número determinado de horas de clase en determinadas materias (*Pflichtvorlesungen*), y con ello, indirectamente, la obligación de transmitir conocimientos no propios, sino extraños⁸⁴.

81. VON MÜNCH, I., “Die pädagogische Freiheit des Lehrers. Ein Beitrag zur Rechtsstellung des Lehrers an öffentlichen Schulen”, DVBl, 1964, p. 793.

82. Des “Adels der ‘Lehre’ nicht teilhaftig” (...) Cfr. PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, op. cit., p. 36.

83. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., art. 7 GG, Nota marginal 61.

84. SCHULZ-PRIESSNITZ, A., *Einheit von Forschung und Lehre*, 1981, p. 99; LAASER, A., *Wissenschaftliche Lehrfreiheit in der Schule. Geschichte und Bedeutungswandel eines Grundrechts*, op. cit., p. 19.

- d) Se afirma asimismo que corresponde a los maestros la capacidad de valorar el rendimiento de sus alumnos, y, en este sentido, deben gozar de un ámbito de autonomía similar al de los profesores universitarios⁸⁵.
- e) Además, la única interpretación del art. 5.3 GG coherente con la idea de un Estado que se declara partidario de los valores de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, es la que extiende su ámbito de aplicación a los maestros. La concepción liberal de la Constitución conduce a una defensa de la libertad pedagógica de los maestros. Los objetivos educativos previstos en las constituciones de los diversos *Länder*, que persiguen ese libre desarrollo de la personalidad, sólo pueden ser satisfechos si una “presión desde arriba” (la del profesor que experimenta una falta de libertad) no se convierte en una “presión hacia abajo” sobre los alumnos. Un maestro que no se siente libre no puede educar en libertad⁸⁶.

Estos argumentos, sin embargo, no convencen a la doctrina alemana. Por un lado, la organización de la enseñanza es muy diferente en la Universidad y la escuela, y las estructuras, por mucho que hayan evolucionado, siguen siendo distintas. Además, de los profesores universitarios se espera una mayor responsabilidad y categoría científica que de los maestros, porque tienen unas condiciones profesionales más cualificadas, a través principalmente del doctorado (*Promotion*) y otro tipo de procedimientos de selección, como la *Habilitation* para ocupar una plaza de profesor universitario⁸⁷. Esta mayor responsabilidad y calidad

85. HECKEL, H., *Schulrecht und Schulpolitik*, op. cit., p. 196.

86. PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, *DÖV*, 1970, p. 38.

87. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., art. 7 GG, Nota marginal 62.

académica justifica que goce de una posición privilegiada, como es la de disponer de las libertades de investigación y cátedra⁸⁸.

Por mucho que los maestros desarrollen una cierta labor científica, la atención que se presta a la ciencia en la Universidad es mucho más intensa y cualificada. La parte principal de una clase en la escuela se dedica solamente a la transmisión de conocimientos científicos alcanzados por otros. Sin embargo, en la Universidad, junto a conocimientos ajenos se trata de impartir una enseñanza basada fundamentalmente en las propias investigaciones, sin las cuales no se entendería la actividad académica universitaria. La libertad pedagógica de los maestros es, con respecto a la libertad científica de los profesores universitarios, completamente diferente, y no tiene por qué entenderse regulada en la misma norma⁸⁹.

Se afirma también, para rebatir la posición minoritaria, que no se puede deducir un derecho fundamental del maestro a partir de la reflexión de que una educación libre exige la libertad del docente, ya que un profesor que no es libre no puede educar en libertad. “Tan bonita como pueda sonar esta afirmación –dice Starck–, no tiene en cuenta que un incremento de la libertad del titular del puesto docente puede mermar la libertad de los ciudadanos sometidos a ese titular, en el sentido de que no se estarían protegiendo entonces los derechos de los padres y los alumnos”⁹⁰.

88. HENNECKE, “Versuch einer juristischen Begründung von pädagogischer Freiheit”, RdJB 1986, p. 240; SCHULZ-PRIESSNITZ, A., *Einheit von Forschung und Lehre*, 1981, p. 104.

89. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., art. 7 GG, Nota marginal 61. Tampoco parece asumible la tesis de Stock, quien argumenta que los maestros deben desarrollar un profesionalismo pedagógico, que les asimila al oficio del científico, y que imprimiría a su trabajo un matiz científico. Cfr. STOCK, “Die pädagogischen Freiheit des Lehrers mi lichte des schulischen Bildungs auftrags”, RdJB, 1986, p. 220.

90. STARCK, Ch., “Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht”, op. cit., p. 272.

No obstante, aunque se niegue una protección de rango constitucional a la libertad pedagógica, ésta sí goza de una protección legal, y, en este sentido, las disposiciones de las autoridades educativas deben respetar también unos límites. Así, por ejemplo, no pueden afectar a los contenidos concretos de la enseñanza, aunque fijen el marco general. En algunos casos, como la educación sexual, hará falta fijar reglas vinculantes para los métodos de enseñanza, que garanticen el respeto a los alumnos. Las competencias superiores del Estado en materia de enseñanza deben garantizar la tolerancia, y proporcionar las fronteras derivadas de los derechos de los padres y los derechos fundamentales de los niños con respecto a la libertad pedagógica de los docentes⁹¹.

Correlato de la libertad de cátedra de los docentes es también una libertad académica de la corporación estudiantil, la cual tiene derecho a una instrucción y formación, que va más allá del estricto seguimiento de aquellas lecciones de materias incluidas dentro del mínimo obligatorio fijado por el Estado. Los estudiantes universitarios poseen una madurez intelectual que permite a los profesores un amplio margen de libertad. Por el contrario, los alumnos de una escuela necesitan una mayor protección, y un sistema pedagógico que precisamente les permita en el futuro alcanzar la madurez necesaria para opinar por sí mismos. Ni siquiera en los niveles superiores de enseñanza preuniversitaria tienen suficiente capacidad crítica para poder discrepar de una doctrina o enseñanza impartidas con una libertad sin límites por parte del maestro⁹².

Aunque los maestros son libres en la impartición de sus clases, no poseen ningún título jurídico para el adoctrinamiento de los alumnos. Por eso están sujetos a la autoridad estatal, y el Estado debe preocuparse de que sólo accedan a ocupar puestos docentes

91. STARCK, Ch., "Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht", op. cit., p. 273.

92. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., art. 7 GG, Nota marginal 62.

aquellas personas que eduquen a los niños en el espíritu básico de la *Grundgesetz*⁹³.

En la jurisprudencia alemana encontramos referencias a estas limitaciones de la libertad del docente en la enseñanza no universitaria. El *Bundesverwaltungsgericht*, hablando sobre la influencia de las opiniones ideológicas o políticas de los profesores, dice que “en las lecciones científicas universitarias el profesor se encuentra ante una audiencia estudiantil adulta y con capacidad crítica, y no tendrá la misma influencia política que si se trata del caso de un profesor que habla a alumnos (de una escuela), cuyo proceso de madurez todavía no está cerrado, de modo que sobre estos últimos la influencia es desigual y más fuerte”⁹⁴.

No olvidemos tampoco la sujeción de los maestros de escuelas públicas a la potestad inspeccionadora del Estado –como recordaba Starck⁹⁵–. Es cierto que una hipotética libertad de cátedra de los maestros estaría limitada por la lealtad a la propia Constitución alemana, pero el Estado perdería de modo casi completo sus competencias para fijar los programas y contenidos de la enseñanza. Y en cuanto a la capacidad de examinar y valorar el rendimiento de los alumnos, es cierta, pero está limitada normativamente, y no requiere ninguna especial protección constitucional⁹⁶.

93. STARCK, Ch., “Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht”, op. cit., p. 271.

94. Sentencia del BVerwG de 19.01.89, en JZ 1989, pp. 437-440. Vid. También la ya citada sentencia que prohíbe a un maestro llevar un distintivo contra la energía nuclear, por considerar que supone una toma de postura política y que transgrede la obligación de moderación a la hora de expresar sus opiniones políticas mientras está desempeñando su función docente. Cfr. BVerwGE, 84, 292 y ss.

95. Vid. también HECKEL, H., “Rechte und Pflichten des Lehrers”, en Nevermann/Richter (Coord.), *Rechte der Lehrer-Rechte der Schüler-Rechte der Eltern*, op. cit., p. 46; SCHULZ-PRIEßNITZ, A., *Einheit von Forschung und Lehre*, op. cit., p. 100.

96. GEIGER, “Zur pädagogischen Freiheit des Lehrers”, en Sievering (Coord.), *Schulrecht-Schulpraxis*, 1984, pp. 92 y ss.

En mi opinión, creo que está fuera de duda que en cualquier tipo de tarea docente existe un margen de libertad, aunque jurídicamente no siempre se garantice o reconozca. Si no se le llama libertad de cátedra, se le puede denominar libertad pedagógica, pero el margen de libertad existe. Es claro también que, en el caso de la enseñanza en niveles inferiores, el Estado conserva en Alemania –de modo similar a como sucede en otros países– un poder de decisión, inspección, de fijación de métodos y contenidos (*staatliche Schulhoheit*) que no es absoluto, pero sí mayor que el que posee en niveles universitarios. Pero eso no quiere decir que la libertad del sujeto que imparte enseñanza se anule completamente, ni jurídica ni prácticamente.

Lo cierto es que, si se acepta que la libertad es sólo pedagógica y no libertad de cátedra, dejaría de tener engarce constitucional en Alemania, aunque siga manteniendo un ámbito de protección legal. No obstante, se podría pensar que tiene un fundamento indirecto. Los maestros no pierden sus derechos fundamentales cuando entran en la escuela. Los ven limitados, sí, pero no los pierden, y, por tanto, conservan su libertad de opinión y de conciencia⁹⁷. Otra cosa es que se vea modulada la capacidad de exteriorizarla en público, teniendo en cuenta el nivel de madurez intelectual y humana de sus alumnos⁹⁸.

Conservan también un ámbito de libertad para ejercer su profesión en las escuelas estatales del modo que vean más oportuno, utilizando la metodología que les parezca más adecuada, dentro

97. GALLWAS, H.-U., “Verfassungsrechtliche Aspekte der pädagogischen Freiheit”, op. cit., p. 71; KOPP, F., “Die pädagogische Freiheit des Lehrers, Grundlagen und Grenzen”, DÖV, 1979, p. 893. Podríamos enlazar de nuevo con la idea de Perschel: sólo un maestro que se siente libre puede educar en libertad. Cfr. PERSCHEL, W., “Die Lehrfreiheit des Lehrers”, DÖV, 1970, p. 38.

98. En la normativa escolar alemana no suele tenerse en cuenta la libertad de expresión de los docentes en la escuela. Por ejemplo, en la normativa escolar general de Renania del Norte-Westfalia (*Allgemeine Schulordnung*) se protege la libertad de opinión de los alumnos (§ 36), pero nada se dice sobre la libertad de expresión de los docentes.

de los límites que el Estado haya previsto. Todos estos derechos son también fundamentales, y, por tanto, entroncan con el contenido de la Constitución, aunque sea de modo indirecto. Por lo tanto, creo que podría articularse una fundamentación constitucional indirecta de la libertad pedagógica, por medio de su relación con otros derechos fundamentales que sí están recogidos en la Constitución alemana.

Sucede, sin embargo, que no podemos perder de vista que los maestros que trabajan en escuelas estatales son funcionarios públicos, y, en cuanto que tales, están sometidos a normas jurídicas específicas (*Beamtenrecht*), que limitan alguno de sus derechos fundamentales, entre ellos el de la libertad de expresión, lo cual no quiere decir que lo pierdan o que renuncien a él⁹⁹. Además, sería discutible si el maestro desarrolla una tarea educativa plenamente autónoma, o en realidad está ejerciendo una tarea delegada por el Estado, y, en última instancia, por los padres de los alumnos. Parece más bien que el maestro debe ejecutar aquellas previsiones fijadas por el legislador y la Administración

99. Especialmente relevante fue en Alemania el problema de los maestros que pertenecían a opciones políticas radicales (por ejemplo, la Sentencia de 6 de febrero de 1975 del *Bundesverwaltungsgerichts*, sobre el caso de una maestra que pertenecía al Partido Comunista alemán, BVerwGE 47, 331). El BVerfG afirmó al respecto que si alguien aspira a un puesto de funcionario público y pertenece a una asociación con fines contrarios a la Constitución, pero no lo exterioriza, no debe ser excluido de modo automático. Se deben considerar las circunstancias de cada caso concreto para tomar una decisión al respecto. Cfr. BVerfGE 39, 334 (Sentencia de 22 de mayo de 1975). En los últimos tiempos, el Tribunal Constitucional Federal ha anulado varias sentencias de los Tribunales de Trabajo, por considerar que lesionaban el derecho a elegir libremente un trabajo (*Berufsfreiheit*, art. 12.1 GG) y el de igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos (art. 33.2). Pueden verse, por ejemplo, las siguientes: BVerfG, 1BvR 1812/95, de 13 de febrero de 1998; BVerfG, 1BvR 743/96, de 13 de febrero de 1998; BVerfG, 1BvR 83/96, de 13 de febrero de 1998; BVerfG, 1BvR 262/97, de 19 de marzo de 1998; BVerfG, 1BvR 2095/98, de 4 de agosto de 1998, <http://www.bverfg.de/>

educativa¹⁰⁰. Su margen de libertad se ciñe a un ámbito de “libertad de criterio administrativa”, pero no a una libertad entendida como un derecho constitucionalmente protegido; es una suerte de representante del Estado, y en el desarrollo de su actividad como tal no puede ampararse en su derecho al libre desarrollo de la personalidad para extralimitarse en sus funciones¹⁰¹. En todo caso, está vinculado siempre el maestro a lo dispuesto en el art. 7.1 GG¹⁰², respetando los derechos de los alumnos y de sus padres¹⁰³.

Precisamente en relación con este último aspecto, y viendo la libertad pedagógica como el complemento necesario de la enseñanza obligatoria, encontramos la posibilidad más clara de fundamentación de una protección de rango constitucional en Alemania. Sería defendible una garantía constitucional de la libertad pedagógica de los maestros, derivada de los artículos 2.1 (derecho fundamental de los alumnos a su libre desarrollo de la personalidad) y 6.2 (derecho fundamental de los padres a la educación de sus hijos) de la *Grundgesetz*, pero no en cuanto que derecho

100. MAUNZ, Th., en Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., art. 7 GG, Nota marginal 60; ROELLECKE, G., *Hochschule und Wissenschaft*, 1974.

101. GALLWAS, H.-U., “Verfassungsrechtliche Aspekte der pädagogischen Freiheit”, op. cit., p. 77.

102. OPPERMAN, Th., “Freiheit von Forschung und Lehre”, en Isensee/Kirchhof, *Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo VI, Heidelberg, 1989, § 145 y ss.

103. Por ejemplo, un maestro que trabaja en una escuela estatal debe cuidar sus apariencias. No puede vestir de una determinada manera o portar signos externos que le identifiquen como miembro de una determinada religión, porque estaría lesionando el principio de neutralidad y el derecho a las creencias libres (positivas o negativas) de los alumnos, que a través de la conducta del maestro –por la falta de madurez de los propios alumnos– podrían ver como atractiva o amable una determinada creencia religiosa, en contra del parecer de sus padres. Cfr. SCHMITT-KAMMLER, A., en Sachs (Coord.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 1998, art. 7 GG, Nota marginal 18, especialmente la Nota a pie de página número 34.

subjetivo de los profesores, sino como elemento necesario al servicio de los intereses de los alumnos y sus padres¹⁰⁴.

Esta idea de la tarea del maestro como servicio, en relación con la libertad de los padres y los alumnos, se ve todavía más clara en el contexto de una escuela no estatal. En este caso, el ideario de la escuela, que debe respetar los principios constitucionales, constituye el elemento que identifica su proyecto educativo. Los padres eligen esa escuela porque se adhieren a ese proyecto, y el profesor debe respetar esa decisión paterna. Aquí los derechos subjetivos fundamentales en juego corresponden a diversos sujetos: el titular de la escuela, los padres y los alumnos, el profesor y la Administración educativa. Entre ellos se establecen relaciones bilaterales que confluyen en una misma realidad: la escuela y la instrucción que en ella se imparte a los alumnos que la frecuentan. Si se admitiese que el maestro goza de una libertad pedagógica constitucionalmente protegida, es decir, si consideramos la libertad del maestro como un derecho fundamental con un nivel similar de protección al de otros derechos reconocidos por la *Grundgesetz*, estaríamos ante una implícita *Drittwirkung*, un caso de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares¹⁰⁵.

No parece fácil, sin embargo, fundamentar esta posición que eleva a la libertad pedagógica a la naturaleza de derecho subjetivo fundamental. Dicha libertad debe respetar siempre las previsiones fijadas por la Administración educativa, para que la instrucción y la educación de todos los alumnos guarde una cierta uniformidad. Sólo así se garantiza la igualdad de oportunidades de los alumnos cuando les corresponda acceder a la Universidad o al campo profesional. Dicha uniformidad exige por parte del Estado una

104. GALLWAS, H.-U., "Verfassungsrechtliche Aspekte der pädagogischen Freiheit", op. cit., p. 84.

105. La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* llegó al Tribunal Constitucional federal con la Sentencia de 15 de enero de 1958, BVerfGE 7, 198.

exacta previsión y descripción de los conocimientos, capacidades y habilidades que deben transmitirse a los alumnos, los objetivos de aprendizaje, los criterios de valoración, forma de llevar a cabo los exámenes, incluso el número de exámenes que deben realizarse¹⁰⁶.

En definitiva, la libertad pedagógica de los maestros, en el ordenamiento jurídico-constitucional alemán, no se considera un derecho subjetivo¹⁰⁷, sino una libertad que sirve a los intereses de los sujetos que reciben la educación, y que por tanto sólo tiene sentido en la confianza de que, quien la ejerce, lo hará con buena fe y respetando los derechos fundamentales de los alumnos. Se trata de garantizar, a través de la libertad del docente y la confianza en él, que la educación es la más adecuada para formar a los estudiantes y capacitarles para el futuro ejercicio de sus responsabilidades ciudadanas y profesionales.

106. STARCK, Ch., "Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht", DÖV, 1979, pp. 269 y ss. Vid., especialmente, p. 274.

107. HECKEL, H., *Schulrecht und Schulpolitik*, op. cit., p. 199.