

LA ENSEÑANZA LIBRE Y EL DERECHO A EXAMEN EN LA EDUCACION UNIVERSITARIA

POR

JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo

y

DIEGO CÁMARA DEL PORTILLO
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. Introducción.—II. El derecho a examen: enseñanza libre y enseñanza a distancia: A) La confusión entre derecho a examen y prestación educativa durante el Antiguo Régimen. B) La disociación de la función estatal de verificación de conocimientos respecto de la prestación docente: la enseñanza libre. C) La enseñanza a distancia, heredera de la enseñanza libre.—III. La quiebra del sistema liberal: las técnicas contra la masificación universitaria y la negación del derecho a examen: A) La selectividad. B) El numerus clausus. C) La limitación de convocatorias.—IV. Recapitulación. La posible inconstitucionalidad del sistema de acceso y permanencia en la Universidad.

I. INTRODUCCIÓN

Justamente cuando nuestra Constitución eleva a la categoría de derecho fundamental el derecho de todos a la educación (art. 27.1), y la Ley Orgánica 11/83, de Reforma Universitaria, consagra la libertad de estudio como uno de los principios inspiradores del servicio público de la enseñanza superior (art. 2.º, 1), estamos asistiendo a un retroceso en el régimen de admisión y permanencia en la Universidad que llega a negar incluso el derecho del ciudadano a ser examinado por el Estado para la obtención de los títulos y grados cuya expedición éste monopoliza (arts. 149.1.30º de la Constitución y 58.4 y 5 de la Ley de Reforma Universitaria).

En efecto, a pesar de tan solemnes proclamaciones, nuestro sistema educativo no sólo recoge cuantas técnicas fueron instauradas en los años anteriores a la transición democrática para combatir la masificación universitaria, sino que ha incrementado su rigor. Así, las pruebas de selectividad para el acceso a las Facultades, Escuelas Técnicas Superiores y Colegios Universitarias han sido dificultadas con nuevas exigencias (Orden Ministerial de 26 de di-

ciembre de 1984, por la que se incluye un ejercicio de idiomas), pero, sobre todo, con la injustificada limitación del número de oportunidades en que los alumnos pueden presentarse a examen (art. 7.º del Real Decreto 406/1988, de 29 de abril, que fija el máximo de cuatro convocatorias). Además, la superación de estas pruebas tampoco da derecho a cursar los estudio elegidos, y ni siquiera a ser simplemente examinado de las materias correspondientes, pues en virtud del *numerus clausus* —que se generaliza ahora a todos los Centros universitarios y no sólo a las Facultades de Medicina (art. 26 de la Ley de Reforma Universitaria y Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, modificado por Real Decreto 557/1988, de 3 de junio)— los alumnos pueden ser obligados a iniciar una carrera distinta a la de sus preferencias, si la demanda de plazas excede de la capacidad de la Facultad o Escuela correspondiente. Por último, quienes tras franquear esas barreras logran acceder al servicio público de la educación superior, pueden ser expulsados de éste con sólo agotar el número de convocatorias de examen que libremente fije cada Universidad, previo dictamen no vinculante del Consejo de Universidades (art. 27.2 de la Ley de Reforma Universitaria), lo que agrava asimismo la situación inmediatamente anterior, en la cual el límite máximo de convocatorias venía fijado, al menos, con carácter general para todas las Universidades (Real Decreto-ley 8/1976, de 16 de junio).

Tan restrictiva regulación supera, como veremos, cuantas limitaciones ha sufrido en nuestro ordenamiento el derecho a la educación. Pero, sobre todo, y lo que es más grave, carece de fundamento, pues confunde en realidad la prestación educativa pública con la distinta función estatal de control o verificación de los conocimientos que el ciudadano puede haber adquirido al margen de las instituciones oficiales. Y es que si el Estado está facultado evidentemente para negar el ingreso a las aulas universitarias más allá de su propia capacidad, no por ello puede escamotear al ciudadano el derecho a acreditar ante la Universidad su aptitud para el ejercicio de las profesiones tituladas, so pena de dejar vacío de contenido el derecho fundamental a la libre elección de profesión u oficio que reconoce el artículo 35 de nuestra Constitución.

Por si fuera poco, todo esto se produce además en el marco de una absurda proliferación normativa, de Estatutos universitarios y reglamentaciones internas no siempre coincidentes, que lejos

de añadir garantías a la situación jurídica de los usuarios del servicio público, no hacen sino disminuirlas.

II. EL DERECHO A EXAMEN: ENSEÑANZA LIBRE Y ENSEÑANZA A DISTANCIA

El irreductible derecho ciudadano a acreditar ante la Administración educativa que se posee la suficiente aptitud científica o técnica para el ejercicio de las profesiones tituladas, ha pasado en nuestro ordenamiento por tres distintas etapas. La primera de ellas, durante el Antiguo Régimen, viene marcada por la confusión entre la prestación educativa pública y el derecho a ser examinado, de modo que aquélla condicionaba directamente a éste. La segunda etapa se caracteriza por la separación entre el derecho a examen y la prestación docente que se imparte en las Instituciones oficiales, lo que tiene lugar en el siglo XIX con el nacimiento de la enseñanza libre y se extiende hasta fechas bien recientes en que dicha modalidad de enseñanza se reconduce hacia la Universidad Nacional de Educación a Distancia, suprimiéndose la matrícula libre en la mayor parte de las restantes Universidades. Finalmente, y ya en nuestros días, las técnicas instrumentadas contra la masificación estudiantil no sólo volverán a confundir el derecho que nos ocupa con la prestación educativa que se imparte en las Universidades públicas, sino que, en contra de las propias previsiones constitucionales, llegarán a negar incluso uno y otra, como veremos más adelante.

A) *La confusión entre derecho a examen y prestación educativa durante el Antiguo Régimen*

En efecto, añejas disposiciones recogidas en la Novísima Recopilación evidencian que en las Universidades españolas de los siglos XVII y XVIII muchos alumnos prescindían como hoy de las clases —tal vez porque el aprendizaje poco tenía que ver con la asistencia asidua a las aulas—, hasta el punto que se inventaron unos pintorescos certificados o cédulas de asistencia que condicionaban el derecho a examinarse:

«... todos los Catedráticos tendrán un librete en que anoten por días las faltas de sus discípulos; y no podrán dar cédula de curso a quien faltare más de quince días... Y sin esta asistencia no se dará a nadie cédula de curso, ni ganará matrícula, ni gozará de fuero, ni podrá obtener grado alguno de la Universidad... A ningún discípulo se permita pasar de una a otra clase, o de un curso a otro, sin que presente al Catedrático de la cátedra superior la cédula de asistencia a la inferior inmediata» (Leyes VII y VIII, Título VII, Libro VIII; en idéntico sentido: Ley IX del mismo Título y Libro).

B) *La disociación de la función estatal de verificación de conocimientos respecto de la prestación docente: la enseñanza libre*

Pero contra esa tiranía académica y en nombre de la más genuina de las libertades —que conlleva también el derecho a ilustrarse por cuenta propia y a que dicho aprendizaje sea reconocido por el Estado, puesto que se ha reservado el monopolio de las titulaciones— los liberales de la pasada centuria reaccionaron distinguiendo perfectamente entre la prestación educativa que se facilita en los Centros públicos de enseñanza, y que el ciudadano puede tomar o rechazar —como puede aceptar o no la asistencia sanitaria o el transporte públicos—, y el derecho de aquél a aprender por su cuenta y a ser simplemente examinado por la Universidad para poder obtener los títulos facultativos que le habiliten para el ejercicio profesional.

Ello es lo que dispuso el Reglamento General de Instrucción Pública aprobado durante el trienio liberal por Decreto de las Cortes de 29 de junio de 1821, y según el cual: «los discípulos de los maestros particulares serán admitidos a la recepción de grados y habilitación para el ejercicio de sus profesiones, siendo antes examinados por los respectivos maestros de las Universidades de tercera enseñanza o Escuelas especiales, en cada una de las materias en que deben estar instruidos para aspirar a dichos objetos» (art. 8.º).

Pero el texto que quizá expresa mejor esta fe en que los hombre pueden y deben aprender por sí mismos, sin que sea siempre nece-

saría la palmeta del maestro público, es el Decreto revolucionario de 21 de octubre de 1868, en cuya Exposición de Motivos RUIZ ZORRILLA, entonces Ministro de Fomento, afirmará que «el Estado se encarga de enseñar a los que prefieren las lecciones de sus maestros; pero no hace obligatoria la asistencia de los alumnos a sus cátedras ni pone obstáculos a la enseñanza de los particulares. Lejos de eso, *abre las puertas de los establecimientos públicos a los que, teniendo ciertas condiciones, quieren hacer una prueba de sus fuerzas, dar a conocer sus aptitudes y contribuir a la propagación de los conocimientos útiles*». Por ello se reconoce a todos el derecho de obtener los títulos y grados de las Instituciones oficiales, siempre que se sometan a los mismos exámenes que sufren los que asisten a las lecciones públicas y satisfagan antes del examen los derechos de matrícula correspondientes. Asimismo, se proclama que «la libertad de enseñanza exige también que la duración de los estudios no sea igual para capacidades desiguales», pues «el Estado no tiene derecho para compeler a un joven, rápido en sus concepciones, seguro en sus juicios y perseverante en el trabajo, a seguir el paso perezoso del que es tan tardo en concebir como ligero en juzgar y no siente amor a la investigación de la verdad... Estudie cada cual según su capacidad el número de asignaturas que sea proporcional a sus fuerzas, y mientras uno concluirá sus estudios en pocos años, sufrirá otro las consecuencias de su des aplicación o del desconocimiento de su falta de capacidad».

De acuerdo con tan irrefutables principios, el articulado del Decreto de 1868 estableció que:

«La enseñanza es libre en todos sus grados y cualquiera que sea su clase» (art. 5.º).

«La inscripción en la matrícula de los establecimientos públicos no es obligatoria más que para los alumnos que quieran recibir la enseñanza en ellos. No tendrán, sin embargo, obligación de asistir a las lecciones del establecimiento para ser admitidos a examen de las asignaturas en que se hubiesen matriculado» (art. 7.º).

«Para obtener los grados académicos no se necesitará estudiar un número determinado de años, sino las asignaturas que fijen las Leyes, sufriendo el alumno un examen riguroso sobre cada una y el general que corresponda al grado» (art. 11).

Aunque otra cosa pudiera desprenderse de la actual obsesión por la enseñanza oficial, tales criterios no pueden ni deben sorprendernos, pues idéntico fundamento tiene, sin ir más lejos, la potestad estatal de homologación de títulos y estudios extranjeros que regula hoy el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, ya que resulta obvio que el citado procedimiento de convalidación no presupone derecho alguno a obtener una prestación educativa por parte del Estado español, sino muy contrariamente, el reconocimiento del derecho de los no nacionales a la verificación de sus conocimientos de cara a la obtención del correspondiente título facultativo.

Y es que, como diría CARVAJAL Y FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA en el Preámbulo de su Real Decreto de 22 de noviembre de 1883, sobre la enseñanza libre, «las funciones del Estado, unas veces como institución docente, otras como dispensador de grados y títulos, son de tal manera distintas que, siquiera hasta hoy vengán por deplorable despreocupación harto confundidas, no pueden menos en todo caso de separarse y definirse con discreta independencia. Según un respecto enseña; según otro examina; allí propaga la instrucción; aquí la reconoce y sanciona para determinados fines; en un caso obra por medio de Maestros, de Catedráticos; en el otro, por medio de Tribunales examinadores y de Autoridades administrativas».

Así las cosas, el derecho a examen será garantizado a través de la enseñanza libre hasta la reforma educativa de 1970, con el breve paréntesis que supuso la Ley de Ordenación de la Universidad de 29 de julio de 1943 que, en consonancia con el acendrado antiliberalismo que profesaba su Exposición de Motivos («vivíamos —dice, para referirse a la etapa anterior— momentos de crisis y de ruina en que si la educación intelectual estaba desquiciada, había sucumbido también en manos de la libertad de Cátedra la educación moral y religiosa...»), suprimirá dicha modalidad de enseñanza e impondrá la obligatoriedad de asistencia a las clases, salvo que los alumnos obtuviesen en debida forma la dispensa de escolaridad (arts. 18 y 70 de la Ley, Orden Ministerial de 12 de marzo de 1945 y Circulares de 24 de mayo de 1945 y 23 de abril de 1946). Pero la medida durará sólo unos pocos años, pues el citado texto legal fue modificado en seguida por Ley de 16 de julio de 1949, precisamente para restablecer la enseñanza libre en todas las Universidades.

C) *La enseñanza a distancia, heredera de la enseñanza libre*

A partir de la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970, la protección del derecho a ser examinado para la obtención de los títulos facultativos se articulará, fundamentalmente, a través de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

En efecto, el citado texto legal no mencionaba la enseñanza libre al regular las modalidades de enseñanza (Capítulo VI del Título I), pero estableció, sin embargo, en su artículo 47.1 que:

«A fin de ofrecer oportunidades de proseguir estudios a quienes no puedan asistir regularmente a los Centros ordinarios o seguir los calendarios y horarios regulares, el Ministerio de Educación y Ciencia, oídos los Organismos competentes, reglamentará las modalidades de enseñanza por correspondencia, radio y televisión.»

De acuerdo con dicha previsión, la Ley 22/1972, de 10 de mayo, por la que se aprobó el III Plan de Desarrollo, autorizará al Gobierno para crear dentro del cuatrienio de 1972-75, entre otros Centros universitarios, la «Universidad Nacional de Educación Libre a Distancia».

Aunque el calificativo de «libre» desaparecerá en la redacción definitiva del Decreto fundacional de dicha Universidad a Distancia de 18 de agosto de 1972 —al parecer y según refiere el Profesor VILLAR PALASÍ, entonces titular de la cartera de Educación, porque el Almirante Carrero lo consideró políticamente excitante— la intención de dar acogida en ella a los alumnos libres de las restantes Universidades aparece clara en su articulado: «*tendrán derecho preferente a cursar estudios en la Universidad Nacional de Educación a Distancia los alumnos que tengan su residencia habitual en localidad del territorio nacional en donde no puedan seguirlos en Centros ordinarios, bien por no existir en ella Centros de la especialidad de su elección, bien porque, aun existiendo éstos, no disponen de las plazas necesarias para atender todas las solicitudes de inscripción*» (art. 3.º, 2). Lo mismo se desprende de la paralela supresión de esa clase de enseñanza en la mayoría de las Universidades, proceso que inician los Estatutos que desarrollaron la Ley de Edu-

cación de 1970, y que culminan los actualmente vigentes, donde sólo se admite la enseñanza libre en contadas excepciones, suprimiéndose expresamente o no contemplándose como modalidad educativa en los de las restantes Universidades.

Entre las referidas excepciones se cuentan los Estatutos de la Universidad de Granada (Decreto de la Junta de Andalucía 162/1985, de 17 de julio), que contemplan la enseñanza libre en su artículo 167, así como los de La Laguna (Decreto del Gobierno de Canarias 192/1985, de 13 de junio, art. 23), Murcia (Real Decreto 1282/1985, de 19 de junio, art. 89) y Sevilla (Decreto de la Junta andaluza 148/1988, de 5 de abril, art. 127).

Así, pues, y con objeto de impedir el retroceso social que supondría la exclusión de dichos alumnos del servicio público de la enseñanza superior, el artículo 3.º de los Estatutos de la Universidad a Distancia, que fueron aprobados por Reales Decretos de 26 de junio de 1985 y 21 de febrero de 1986, dispone expresamente que «son funciones de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, para el servicio de la sociedad, además de las generales establecidas por la Ley... facilitar preferentemente el acceso a la enseñanza universitaria y la continuidad de sus estudio a todas las personas que, estando capacitadas para seguir estudios superiores, *no puedan frecuentar las aulas universitarias* por razones laborales, económicas, de residencia o cualquiera otra de similar consideración», para lo cual dicha Institución deberá «utilizar las técnicas y experiencias más idóneas de enseñanza a distancia, así como ensayar nuevos modelos educativos en servicio de sus alumnos».

Lejos, pues, de configurar una enseñanza de inferior categoría a la que se imparte en las Universidades presenciales, corresponde a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, en cuanto heredera de la vieja enseñanza libre, la efectiva garantía del derecho a examen para la obtención de los títulos y grados profesionales cuya libertad de elección proclama el artículo 35 de nuestra Constitución. De ahí que, más que en ninguna otra, sean incompatibles con su espíritu y finalidad las restricciones para el ingreso del alumnado (*numerus clausus*), la limitación de convocatorias o la regla del curso por curso que, como veremos seguidamente, vienen a negar ese derecho en las restantes Universidades, ante la insuficiente capacidad de las mismas.

Todo ello, sin perjuicio, obviamente, de que al servicio de tan importante misión institucional se articule por el Estado la política de inversiones que prevé el artículo 26.2, *in fine*, de la vigente Ley de Reforma Universitaria:

«En todo caso, los poderes públicos desarrollarán, en el marco de la programación general de la enseñanza universitaria, una política de inversiones tendente a adecuar dicha capacidad a la demanda social, teniendo en cuenta el gasto público disponible, la planificación de las necesidades y la compensación de los desequilibrios territoriales.»

III. LA QUIEBRA DEL SISTEMA LIBERAL. LAS TÉCNICAS CONTRA LA MASIFICACIÓN UNIVERSITARIA Y LA NEGACIÓN DEL DERECHO A EXAMEN

Como se ha dicho, la tercera etapa por la que atravesará en nuestro ordenamiento el derecho a ser examinado hay que situarla en nuestros días, en que, a través de las técnicas contra la masificación estudiantil, se está produciendo una vuelta a la confusión entre el derecho que nos ocupa, y la prestación educativa pública y —lo que es más grave y carece de precedentes— la negación de uno y otra.

Así, si nada impide al legislador configurar la selectividad como un examen más del sistema educativo, ninguna justificación tiene, por el contrario, limitar a cuatro el número de convocatorias en que los alumnos pueden concurrir a esas pruebas, pues dicho derecho no parece que deba condicionarse más que al abono de las correspondientes tasas. Lo mismo sucede con el llamado *numerus clausus*, ya que si el Estado puede y debe arbitrar las limitaciones oportunas para acceder a la prestación docente universitaria, dado que la capacidad asistencial del servicio es también limitada, carece de fundamento, sin embargo, que, confundándose esa prestación con la muy distinta función estatal de verificación de los conocimientos del ciudadano, se extiendan tales limitaciones más allá de la denominada matrícula oficial y se niegue asimismo a aquél el derecho a acreditar públicamente su aptitud científica o técnica para el ejercicio de las profesiones cuya titulación monopoliza el Estado,

ya sea a través de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, ya por medio de la matrícula libre en las pocas Universidades que mantienen esa modalidad de enseñanza. Otro tanto cabe decir, por último, respecto de la técnica de la limitación de convocatorias de examen o de permanencia en la Universidad, pues, como veremos seguidamente, también carece de sentido fuera del ámbito de la matrícula oficial, que es la que confiere al alumno el derecho y el deber de asistencia a las clases.

A) *La selectividad*

Tanto las pruebas de selectividad como la técnica del *numerus clausus* tienen su origen en la Ley General de Educación de 4 de agosto de 1970. En efecto, el citado texto legal, pese a proclamar expresamente en su artículo 36.1 que tendrían acceso a la enseñanza superior quienes hubieran superado el Curso de Orientación Universitaria, encomendó sin embargo a las propias Universidades el establecimiento de «criterios de valoración para el ingreso en las distintas Facultades, Escuelas Técnicas Superiores y Escuelas Universitarias, previa autorización del Ministerio de Educación y Ciencia» (art. 36.2), con lo que se entregaba en definitiva a la potestad reglamentaria la regulación de la materia. Haciendo uso de esta habilitación legal, y en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 66.2.f) de la misma Ley, que obligaba a regular estatutariamente las «normas básicas sobre el régimen de admisión de alumnos», la mayor parte de nuestras Universidades establecerán efectivamente dichos criterios de admisión o *numerus clausus*, en tanto que otras darán un paso más y facultarán expresamente a sus Centros para implantar no ya tales criterios, sino pruebas objetivas de selección.

Nacen así las pruebas de aptitud para el acceso a las Facultades, Escuela Técnicas Superiores y Colegios Universitarios —vulgarmente conocidas como exámenes de selectividad— que la Ley 30/1974, de 24 de julio, acabará erigiendo en requisito general para la admisión al servicio público de la educación superior, a semejanza de las antiguas pruebas de madurez del Curso Preuniversitario. Pero no debe olvidarse que la Ley General de Educación, cargada de buenas intenciones, no sólo abrogó esas pruebas de madurez y proclamó que el Curso de Orientación Universitaria constituiría el modo normal de acceso a la Universidad (art. 32.1), sino que pre-

cisaba, además, que la valoración final del mismo, en lugar de en un examen tradicional sobre las materias estudiadas, se basaría en el sistema de evaluación continua, es decir: «en la calidad de las actividades desarrolladas por los alumnos, acreditadas por los resúmenes orales o escritos de las explicaciones recibidas, adquisición de técnicas de trabajo intelectual y de cuantas tareas se determinen» (art. 35.1).

De ahí que quepa interrogarse sobre las causas que originan tan rotunda quiebra del sistema educativo ideado por el legislador de 1970 y que en definitiva subyacen tanto a la selectividad como al *numerus clausus*. La respuesta no es otra que la masificación de la Universidad, como pondrán de relieve los Estatutos dictados en aplicación de la Ley General de Educación. Y ello a pesar de que el Preámbulo de la vigente Ley de 24 de julio de 1974 quiera camuflar bajo el gato blanco de la igualdad de oportunidades el gato negro de la selectividad:

«La realidad —dice— ha demostrado que los sistemas actuales de acceso no han producido el resultado social apetecible, porque la ausencia de requisitos adecuados para la incorporación y permanencia en las Facultades y Escuelas Técnicas Superiores no garantiza a los peor dotados económicamente la posibilidad de cursar tales estudios y, de otra parte, puede terminar por favorecer, dentro de una masa de graduados, a quienes por su condición tienen más facilidades para obtener un futuro puesto de trabajo.»

Pero los anteriores Estatutos universitarios fueron bastante más sinceros y sentaron bien a las claras las razones que obligaban a implantar una u otra figura. Así, entre los que establecieron expresamente pruebas selectivas, cabe citar a los de la Universidad Autónoma de Barcelona, aprobados por Decreto 3856/1970, de 31 de diciembre, cuyo artículo 9.º decía que «*en ningún ciclo, curso, especialidad o modalidad educativa serán admitidos más alumnos que aquellos que puedan ser atendidos en razón de la capacidad del Centro o Centros correspondientes y de los medios personales y materiales de que dispongan*. La Universidad podrá establecer en cualquiera de sus ciclos *pruebas objetivas de selección* en las cuales se tendrá en cuenta la formación del aspirante y su aptitud, vocación

específica e historial académico». En términos similares se expresaban los Estatutos de la Universidad Central (Decreto 1781/1971, de 8 de julio, art. 94) y los de la Universidad de Zaragoza (Decreto 1322/1971, de 14 de mayo, art. 11).

En base a la misma razón, otras Universidades optaron por prever alternativamente el establecimiento de la selectividad o del *numerus clausus*. Tal fue el caso de los Estatutos de la Universidad de Bilbao (hoy del País Vasco: Orden Ministerial de 25 de febrero de 1980), aprobados con fecha 31 de diciembre de 1970, mediante Decreto número 3858, pues, aunque el párrafo primero de su artículo 35 proclamaba que «el régimen general de ingreso en el primer curso de los distintos Centros será libre una vez cumplidas las condiciones previas de titulación, superación de pruebas de madurez o curso de orientación», el propio precepto se encargaba de precisar en el número tercero que «excepcionalmente y para el ingreso en la Univrnsidad será necesario superar *una prueba objetiva o una de valoración de méritos docentes (sic) preuniversitarios, cuando las solicitudes de admisión excedan de los contingentes fijados por la Junta de Gobierno para cada Centro en función de su capacidad y disponibilidades docentes*». Idéntica alternativa contempló la Universidad de Sevilla en sus Estatutos de 24 de junio de 1971 (Decreto 1772/1971, art. 178).

Para complicar aún más la situación, las restantes Universidades se limitaron a regular estatutariamente un procedimiento de *numerus clausus*, o bien remitieron la cuestión a una ulterior reglamentación que habría de aprobar la propia Universidad. En todo caso, los Estatutos se ocuparán de señalar también que la finalidad de la medida no era otra que la de impedir la admisión de un número de alumnos superior a los medios personales y materiales de los Centros, como ponen de manifiesto, entre otros, los anteriores Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid (Decreto 3857/1970, de 31 de diciembre, art. 78), de la Universidad Autónoma de esta capital (Decreto 3860/1970, de 31 de diciembre, art. 46) o de las Universidades Politécnicas de Barcelona y Valencia (art. 5.º de los Decretos 1339/1971, de 14 de mayo, y 1341/1971, de igual fecha, posteriormente modificado por Real Decreto 1341/1976, de 9 de abril).

De esta diversidad de regímenes de ingreso a los Centros universitarios se sale efectivamente con la Ley de 24 de julio de 1974, sobre pruebas de aptitud. Ahora bien, si el citado texto legal resta-

bleció la reserva formal de ley y unificó los requisitos de admisión a la Universidad, lo hizo a costa de generalizar la selectividad a todas las Facultades, Escuelas Técnicas Superiores y Colegios Universitarios (art. 1.º) y habilitando incluso al Gobierno para, a propuesta del Ministerio de Educación y Ciencia, implantar tales pruebas en las Escuelas Universitarias (art. 3.º). Además, y sin justificación alguna, la Ley de 1974 habilitó también al Gobierno para fijar reglamentariamente «el número máximo de convocatorias a las que podrán concurrir los alumnos a fin de efectuar las pruebas de aptitud» (art. 5.º), previsión que fue desarrollada durante el régimen anterior por Decreto 3514/1974, de 20 de diciembre, que estableció ese número máximo en cuatro convocatorias, límite que confirma actualmente el Real Decreto 406/1988, de 29 de abril, y cuya constitucionalidad es bastante dudosa a tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de nuestra norma fundamental.

Por lo demás, y según veremos seguidamente, el establecimiento de la selectividad no será suficiente para paliar la creciente masificación de las aulas, por lo que de nuevo reaparecerá la técnica del *numerus clausus*, aunque esta vez no ya como una alternativa a tales pruebas, sino como un segundo obstáculo para poder acceder a la Universidad, una vez superadas las mismas.

B) El «*numerus clausus*»

El artículo 26.2 de la Ley de Reforma Universitaria dispone que «el acceso a los Centros universitarios y a sus diversos ciclos de enseñanza estará condicionado por la capacidad de aquéllos, que será determinada por las distintas Universidades, con arreglo a módulos objetivos establecidos por el Consejo de Universidades». Dicha proposición no pretende otra cosa que justificar el «procedimiento de selección para el ingreso en los Centros universitarios» o *numerus clausus* a que alude el artículo 26.1 de la propia Ley, y de acuerdo con el cual no basta con reunir los requisitos legales de ingreso a la Universidad (superación de la selectividad, de las pruebas de madurez, etc.) para poder iniciar estudios en la Facultad, Escuela Técnica Superior o Escuela Universitaria en cada caso elegida, puesto que si la demanda de plazas excede de la capacidad del Centro en cuestión, los solicitantes se ven avocados a un concurso de méritos que resuelven las propias Universidades, según el baremo que fija el Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, parcial-

mente modificado por Real Decreto 557/1988, de 3 de junio, y por cuya virtud puede serles asignada plaza en Centro distinto al de su elección. Ello es lo que prevé el artículo 2.º, 2, del citado Reglamento cuando establece que «los alumnos relacionarán en sus solicitudes, por orden de preferencia, *todos* los Centros o estudios en los que deseen ser admitidos», a fin de que la Universidad «adjudique las plazas disponibles respetando las prioridades y en aplicación de los criterios de valoración que se establecen en el presente Real Decreto».

Aunque la técnica procede —como hemos indicado— de la Ley General de Educación de 1970, es posible encontrar un precedente, si bien con distinta finalidad y escasa o nula aplicación práctica, en la Ley de Ordenación de la Universidad de 29 de julio de 1943, cuyo artículo 18.b) disponía que «en casos de estricta necesidad, y a los efectos de orientar a los escolares hacia aquellos estudios en los que las necesidades nacionales requirieran mayor número de graduados, el Ministerio de Educación Nacional podrá fijar el número máximo de alumnos que comiencen sus estudios en cada una de las Facultades, previo informe del Consejo Nacional de Educación y con los asesoramientos y estadísticas que haya solicitado de la Junta política de F.E.T. y de las J.O.N.S., de los Ministerios interesados y de los Colegios o servicios profesionales». Pero el principio totalitario que inspiraba el precepto se compadece mal, evidentemente, con el respeto a las libertades individuales que impone el Estado democrático de Derecho, por lo que no parece que pueda servir para justificar la institución que nos ocupa.

En la Ley General de Educación de 1970, así como en los Estatutos que la desarrollaron, no son ya, según hemos visto, las necesidades nacionales las que determinan la creación del *numerus clausus*, sino el mero reconocimiento de la incapacidad del servicio público para satisfacer las cada vez mayores demandas sociales. Ahora bien, de todas aquellas disposiciones estatutarias deben destacarse los Estatutos de la Universidad Complutense de Madrid (Decreto 3857/1970, de 31 de diciembre), de la Universidad de Oviedo (Decreto 911/1971, de 1 de abril) y de las Universidades Politécnicas de Barcelona (Decreto 1339/1971, de 14 de mayo) y Madrid (Decreto 1354/1971, de 27 de mayo, modificado por Decreto 3235/71, de 16 de diciembre), pues introdujeron una importante precisión que no contemplaban los de las restantes Universidades. Se trata del reconocimiento a los alumnos no admitidos a la matrícula oficial

por aplicación del *numerus clausus* del derecho a matricularse y examinarse en su día *como alumnos libres*, ya fuera con la posibilidad de obtener autorización para asistir a determinadas clases teóricas o prácticas (art. 114 de los Estatutos de la Universidad de Oviedo); ya sin esa posibilidad (arts. 81 de los de la Universidad Complutense; 46.3 de los de la Politécnica de Barcelona y 32.4, en relación con el 58.3 de los de la Universidad Politécnica de Madrid).

En cualquier caso, el precepto poseía un indudable fundamento que las más recientes disposiciones sobre *numerus clausus* ignoran. Pues, en efecto, si lo que se pretendía —y pretende— con esta figura no es otra cosa que adecuar el número de alumnos a los recursos materiales y personales del servicio público de la enseñanza universitaria, bastaba para obtener dicho resultado con limitar la admisión a la matrícula oficial, que es la que conlleva el *derecho a la prestación educativa*; esto es, el derecho y el deber de asistencia a las clases. Pero no había razón alguna para negar también el acceso a la matrícula libre, pues ésta sólo confiere el *derecho a examen*, es decir, al control o verificación de los conocimientos que el ciudadano puede haber adquirido por cuenta propia y al margen de las Instituciones docentes públicas. Y es que ese derecho a acreditar ante la Universidad que se posee la aptitud necesaria y suficiente para el ejercicio de determinadas profesiones nada tiene que ver con el derecho a la prestación docente —obviamente limitado en función de la capacidad asistencial del servicio—, sino que deriva del derecho fundamental a la libre elección de profesión y oficio que el artículo 35 de la Constitución reconoce, dado que en nuestro sistema el Estado se reserva el monopolio de las titulaciones (art. 149.1.30º de la Constitución y arts. 28 y 58 de la Ley de Reforma Universitaria de 1983).

No será éste, sin embargo, el criterio que seguirá nuestro ordenamiento, que, por el contrario, consagra hoy el *numerus clausus* sin ningún tipo de precisiones ni matizaciones.

En efecto, la Ley 30/1974, de 24 de julio, que estableció la selectividad, fue reglamentada por Decreto 3514/1974, de 20 de diciembre, cuyo artículo 4.º, además de disponer que la superación de las pruebas de aptitud daría derecho al acceso a las Facultades, Escuelas Técnicas Superiores o Colegios Universitarias, señalaba expresamente también que «en ningún caso se podrán exigir otras pruebas ulteriores *ni establecer un número predeterminado de aptos*». Pero

dicho precepto fue pronto derogado por el Real Decreto 2116/1977, de 23 de julio, que reimplantó el *numerus clausus* en las Facultades de Medicina: «las Facultades, Escuelas Técnicas Superiores y Colegios Universitarios estarán obligados a admitir a todos aquellos alumnos de nuevo ingreso que lo soliciten y cumplan las condiciones reglamentarias. No obstante, en las Facultades de Medicina en que, a juicio de la Universidad respectiva, se pueda prever una insuficiencia de medios e instalaciones y no fuera posible una inmediata ampliación de los mismos para dar enseñanza a todos los solicitantes, el Consejo de Rectores, a propuesta de las Juntas de Gobierno de las correspondientes Universidades, decidirá sobre el eventual establecimiento de los límites máximos de capacidad de dichas Facultades...» (art. 3.º). Esta regulación permanecerá invariable hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria, pues el Real Decreto 3451/1981, de 13 de noviembre, se limitó a modificar parcialmente los criterios de valoración que establecía el artículo 4.º del citado Real Decreto 2116/1977, pero sin extender el *numerus clausus* más allá del ámbito de las Facultades de Medicina.

La Ley de Reforma Universitaria de 25 de agosto de 1983 regula la admisión a la Universidad en sus arts. 25 y 26. En el primero establece que «el estudio en la Universidad *de su elección* es un derecho de todos los españoles en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico» y reserva a la ley estatal la fijación de «los *requisitos* necesarios para el acceso a la Universidad». Sin embargo, el artículo 26 dispone que «corresponde al Gobierno, oído el Consejo de Universidades, establecer los *procedimientos de selección* para el ingreso en los Centros universitarios», precisando además que el acceso a éstos y a sus diversos ciclos de enseñanza «estará condicionado por la capacidad de aquéllos, que será determinada por las distintas Universidades, con arreglo a módulos objetivos establecidos por el Consejo de Universidades».

Este último precepto fue impugnado en el recurso de inconstitucionalidad número 794/83, interpuesto por el Gobierno Vasco contra varios artículos de la Ley, pero la Sentencia constitucional 26/1987, de 27 de febrero, declaró que es conforme a la Constitución en cuanto que no vulnera la autonomía de las Comunidades Autónomas con competencias sobre materia educativa, ni la que el artículo 27, apartado 10, de la Constitución garantiza a las propias Universidades, siempre que los procedimientos de selección a que

se refiere «establezcan exclusivamente las condiciones o normas básicas de selección para el ingreso en los Centros universitarios, correspondiendo su desarrollo a las Comunidades Autónomas con competencia plena en la materia», y en tanto los módulos objetivos se fijen por el Consejo de Universidades «con criterios suficientemente flexibles para que cada Universidad pueda determinar con libertad su propia capacidad de admisión» (Fundamento jurídico 10).

Sin embargo, el Alto Tribunal no entra a analizar la cuestión que venimos planteando —y que, indudablemente, ha de conectarse con el contenido esencial del derecho fundamental a la educación—, ni por qué se remite a la potestad reglamentaria el establecimiento de dichos procedimientos de selección mientras que los requisitos necesarios para el acceso a la Universidad se reservan a la regulación por ley de las Cortes Generales, cuando en definitiva tanto unos como otros vienen a condicionar el derecho de los ciudadanos al estudio «en la Universidad de su elección», que proclama el artículo 25 de la propia Ley de Reforma Universitaria.

En virtud de esa habilitación legal, el Real Decreto 1005/1985, de 26 de junio, dispuso los procedimientos de selección para ingreso en los Centros universitarios durante el Curso académico de 1985/86, pero ya sin limitar la aplicación del *numerus clausus* a las Facultades de Medicina. Así, según su artículo 3.º: «mientras el Consejo de Universidades no establezca los módulos objetivos sobre capacidad de los Centros a los que alude el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, las Universidades podrán solicitar del mismo el establecimiento de límites máximos de admisión de alumnos *en aquellos Centros en los que se prevea la existencia de una inadecuación entre su capacidad y el número de plazas solicitadas*». Este criterio expansivo es el que ha terminado por prevalecer en el Real Decreto 943/1986, de 9 de mayo, que derogó al anterior y que ha sido, a su vez, parcialmente modificado por Real Decreto 557/1988, de 3 de junio.

Los artículos 4.º y 5.º de dicha disposición, que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Constitucional 26/1987, antes citada, deben considerarse como básicos y por tanto aplicables a todas las Comunidades Autónomas; fijan las siguientes reglas de valoración:

— En primer lugar, las Universidades considerarán prioritariamente las solicitudes de aquellos estudiantes

a los que corresponda iniciar estudios en cada una de ellas, según lo establecido en el artículo 3.º del propio Real Decreto 943/1986.

— En pie de igualdad con los anteriores, se hallan quienes, aun correspondiéndoles otra Universidad, justifiquen debidamente un cambio de residencia, así como aquellos alumnos que soliciten iniciar estudios que no sean impartidos por la Universidad que les corresponda.

— Dichas solicitudes se sujetan al siguiente orden de prelación:

a) En primer lugar, se atenderán las de aquellos alumnos que hayan aprobado las pruebas de aptitud en la Convocatoria de junio del año en curso o en Convocatorias de cursos anteriores, así como los que hubieren aprobado el COU con anterioridad al año académico de 1974/75, las pruebas de madurez del Curso Preuniversitario o, en su caso, el Bachillerato de planes de estudio anteriores al de 1953. Idéntica situación ocupan quienes posean títulos no universitarios que les faculten para el acceso a la Universidad.

b) En segundo lugar, las de aquellos alumnos que hayan aprobado las pruebas de selectividad en la Convocatoria de septiembre del año en curso.

c) Para el ingreso en las Escuelas Universitarias se valorarán preferentemente las solicitudes de quienes hayan aprobado el COU u obtenido el título de Formación Profesional de segundo grado en la Convocatoria de junio del año en curso o en Convocatorias de cursos anteriores, sobre los de la Convocatoria de septiembre del año en curso.

— En todo caso, y dentro de cada una de las fases anteriores, tendrán preferencia las solicitudes de aquellos alumnos que deseen iniciar estudios que se correspondan con la opción cursada en el COU, de conformidad a lo establecido en el anexo I del Real Decreto 557/1988, de 3 de junio.

— En igualdad de condiciones, las plazas disponibles se adjudicarán según las calificaciones definitivas obtenidas en las pruebas de aptitud o, en su caso,

según la nota media del Bachillerato Superior y el Curso de Orientación Universitaria, de aquél y las pruebas de madurez del PREU, o exclusivamente del Bachillerato para los alumnos de planes anteriores al de 1953. Para el acceso a las Escuelas Universitarias se hallará el promedio de las notas obtenidas en Formación Profesional de segundo grado.

Esta regulación contrasta abiertamente con la que rige en Francia, donde si bien se admite la posibilidad del *numerus clausus*, se prohíbe sin embargo, a las Universidades seleccionar al alumnado mediante criterios de orden cualitativo.

Ello es lo que dispone el artículo 14 de la Ley número 84-52 de 26 de enero de 1984, sobre la Enseñanza Superior: «*le premier cycle est ouvert à tous les titulaires du baccalauréat... Tout candidat est libre de s'inscrire dans l'établissement de son choix... Lorsque l'effectif des candidatures excède les capacités d'accueil d'un établissement, constatées par l'autorité administrative, les inscriptions sont prononcées, après avis du président de cet établissement, par le recteur chancelier, selon la réglementation établie par le ministre de l'Education Nationale, en fonction du domicile, de la situation de famille du candidat et des préférences exprimées par celui-ci. Les dispositions relatives à la répartition entre les établissements et les formations excluent toute sélection*».

Más lejos aún se encuentra nuestro Derecho del Derecho italiano que, tras la Ley número 910 de 11 de diciembre de 1969, que liberalizó el acceso a la Universidad, no contempla pruebas de admisión ni concurso de méritos alguno más que para los estudiantes extranjeros (Circulares del Ministerio de Instrucción Pública números 1126 de 10 de noviembre de 1980 y 575 de 15 de junio de 1981).

En efecto, según el artículo 1.º de la *Legge di Provvedimenti urgenti per l'Università*, pueden inscribirse en la misma, sin necesidad de cumplir ulteriores requisitos: «a) *i diplomati degli istituti di istruzione secon-*

daria di secondo grado di durata quinquennale, ivi compresi i licei linguistici riconosciuti dalla legge, e coloro che abbiano superato i corsi integrativi previsti dalla legge che ne autorizza la sperimentazione negli istituti professionali; b) i diplomati degli istituti magistrali e licei artistici che abbiano frequentato, con esito positivo, un corso annuale integrativo, da organizzarsi dai Provveditorati agli Studi, in ogni provincia, sotto la responsabilità didattica e scientifica delle Università, sulla base di disposizioni che vengono impartite anno per anno dal Ministero della Pubblica Istruzione.»

Y por lo que se refiere a nuestro más reciente Derecho histórico, se echa en falta, sobre todo, la previsión que contenían, como hemos visto, los Estatutos de algunas Universidades en la década pasada que, en garantía del derecho a examen, concedían a los alumnos no admitidos a la enseñanza oficial por virtud del *numerus clausus*, la oportunidad de examinarse en su día como alumnos libres, en lugar de obligarles sin más a iniciar unos estudios distintos a los elegidos en primera opción.

C) *La limitación de convocatorias*

La libertad de estudio que proclama el artículo 2.º, 1, de la Ley de Reforma Universitaria también viene condicionada finalmente por el establecimiento de un límite máximo de convocatorias de examen, cuya superación determina, bien la inadmisión al servicio público de la enseñanza superior, bien la expulsión del mismo.

Lo primero es lo que sucede en el caso de la selectividad. En efecto, el artículo 5.º de la Ley de 24 de julio de 1974 habilitó al Gobierno para fijar reglamentariamente «el número máximo de convocatorias a las que podrán concurrir los alumnos a fin de efectuar las pruebas de aptitud a que se refiere la presente Ley» y, en uso de dicha habilitación, el Decreto 3514/1974, de 20 de diciembre, estableció ese número en cuatro convocatorias, límite máximo que confirma el vigente Real Decreto 406/1988, de 29 de abril (art. 7.º).

En cuanto a los estudios propiamente universitarios, la limitación de convocatorias fue implantada por primera vez y coincidiendo

do con los inicios de la masificación universitaria mediante Decreto 1105/1967, de 31 de mayo, que fijó el máximo de cuatro convocatorias por cada disciplina, precisando que, una vez agotadas sin obtener la aprobación, los alumnos «podrán continuar sus estudios en Universidad distinta, convalidándose solamente aquellas asignaturas que constituyan curso completo en los planes de estudio de la Facultad a que se trasladen» (art. 2.º). Que el objetivo perseguido con la medida no era otro que tratar de remediar la masificación estudiantil queda de manifiesto también en que la propia disposición prohibía además a los alumnos libres la asistencia a las clases en todas aquellas Universidades cuyo número de alumnos oficiales excediere de 10.000 (art. 1.º).

Posteriormente, la Orden Ministerial de 11 de enero de 1968 precisaría el alcance de dicha regla con referencia al Curso Selectivo de Ciencias, estableciendo que los alumnos tendrían derecho únicamente a matricularse durante dos años académicos consecutivos *en calidad de oficiales* (art. 1.º), pero añadiendo que, una vez agotados esos dos cursos de enseñanza oficial, podrían proseguir sus estudios *por enseñanza libre* (art. 2.º). Este criterio se generaliza para todas las Facultades por Orden de 10 de septiembre del mismo año, que sienta expresamente el principio de la no limitación de convocatorias en la enseñanza libre: «en todas las Universidades los alumnos dispondrán de cuatro convocatorias de examen consecutivas en cada disciplina, con carácter oficial» (art. 1.º); «*agotadas las convocatorias de carácter oficial, podrán continuar los estudios por enseñanza libre, sin limitación en el número de convocatorias*» (art. 2.º).

Tal es, a nuestro entender, el único criterio admisible a la luz del derecho fundamental a la educación y a la libre elección de profesión u oficio que consagran los artículos 27 y 35 de la Constitución, y del principio de la libertad de estudio que proclama la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, en su artículo 2.º, 1.º. En primer lugar, porque, como hemos señalado anteriormente, las limitaciones asistenciales o de capacidad del servicio público educativo, si bien pueden condicionar ciertamente la permanencia en la matrícula oficial o, lo que es igual, el derecho a la prestación docente, no sirven para justificar sin embargo la negativa estatal a examinar a quienes sólo pretenden acreditar oficialmente sus conocimientos para obtener alguno de los títulos cuya expedición monopoliza el Estado.

Pero es que, además, y frente a lo que precipitadamente pudiera concluirse, el número de convocatorias no supone mayores facilidades ni rebaja alguna en las titulaciones, pues la dificultad de éstas sólo guarda relación, obviamente, con el nivel de exigencia en los exámenes. Una postura distinta significaría tanto como afirmar, por ejemplo, que la calidad de los Cuerpos de funcionarios o la aptitud de los conductores se ve afectada porque el Derecho no limita el número de veces que el ciudadano puede concurrir a unas oposiciones o presentarse al examen de conducir.

Finalmente, tampoco es posible oponer a esta tesis el argumento de que, dado que las tasas académicas sólo cubren parcialmente el coste de cada plaza universitaria, debe limitarse en el tiempo el derecho a examen para no trasladar sobre el contribuyente la carga de financiar a quienes tienen un bajo rendimiento en sus estudios. Y ello, porque dicho razonamiento sólo puede predicarse en rigor respecto de la enseñanza oficial, que es la que realmente genera esos mayores costes.

Dicho con las palabras de uno de nuestros más ilustres liberales del pasado siglo: «la libertad de enseñanza exige también que la duración de los estudios no sea igual para capacidades desiguales (...). Estudie cada cual según su capacidad el número de asignaturas que sea proporcional a sus fuerzas, y mientras uno concluirá sus estudios en pocos años, sufrirá otro las consecuencias de su desaplicación o del desconocimiento de su falta de capacidad. Lo que únicamente debe exigirse (...) es que haya rigor en los exámenes y que sean éstos una garantía de ciencia y aptitud» (RUIZ ZORRILLA, Preámbulo del Decreto de 21 de octubre de 1868).

Lamentablemente, no es ése el criterio que seguirán las disposiciones posteriores a la Orden Ministerial de 10 de septiembre de 1968, antes citada. Así, el Decreto de 26 de junio de 1969 no sólo estableció que el primer curso tendría carácter selectivo en todas las Facultades (art. 1.º), sino que limitó también el número de convocatorias de dicho curso a cuatro oficiales y dos libres, añadiendo que los alumnos que no lograsen aprobarlo íntegramente en ellas no podrían matricularse en la misma Facultad de cualquier Universidad ni en Escuela Técnica Superior que tuviese el mismo curso selectivo (art. 3.º).

La regulación se endurecerá aún más con el Decreto-ley 9/1975, de 10 de julio, «de garantías para el funcionamiento institucional de la Universidad», que más que una disposición académica es una

norma de orden público, conforme reconoce su propia Exposición de Motivos, que fundamenta la promulgación del Decreto-ley en «la necesidad inexcusable de mantener el orden académico y hacer frente a las situaciones conflictivas que tienen un origen extraacadémico», dada «la grave situación por la que viene atravesando la Universidad española en los últimos años...». Al servicio de dicha finalidad se crea, pues, en todas las Universidades una Comisión disciplinaria especial (arts. 3.º a 6.º) y, por si ello no bastara para eliminar de las aulas todo vestigio de oposición al régimen político entonces vigente, se establece que por cada asignatura, sea cual fuere el curso a que pertenezcan y tanto para los alumnos oficiales como para los libres, sólo se tendría derecho a cuatro convocatorias, «que no podrán ser objeto de dispensa y se entenderán agotadas, aunque el alumno no se presentase a examen, salvo enfermedad u otra causa que merezca análoga consideración oficialmente verificada» (art. 2.º, 1). Ello significa la expulsión definitiva del servicio público, puesto que según la propia disposición las convocatorias agotadas se computarán aun en el caso de que el alumno obtuviese traslado de expediente a otra Universidad (art. 2.º, 2). Asimismo se dispone que «no podrán proseguir estudios universitarios aquellos alumnos que, en el conjunto de las convocatorias de junio y septiembre de cada curso académico, no hayan aprobado ninguna de las asignaturas en que estuviesen matriculados» (art. 2.º, 3). También se fija por primera vez como límite máximo de permanencia en la Universidad «el periodo de tiempo correspondiente a los cursos académicos de cada plan de estudios y dos cursos más», ya se trate de matriculas oficiales o libres (art. 1.º).

Ya en la transición a la democracia, el Real Decreto-ley 8/1976, de 16 de junio, vino a mitigar el anterior, encomendando a las propias Universidades la fijación del límite de convocatorias por cada asignatura, pero siempre dentro del «mínimo de cuatro y máximo de seis» (art. 2.º, 1). También remitió a las Universidades el establecimiento del término de permanencia en las mismas, señalando que no podría ser «inferior a dos cursos más de los previstos en los respectivos planes de estudios» (art. 1.º), y confirmó la regla de la expulsión para quienes no aprobasen ninguna asignatura entre las convocatorias de junio y septiembre, si bien concedió a dichos alumnos la oportunidad de «iniciar estudios *por una sola vez* en otro Centro universitario» y restringió su aplicación al primer curso,

pero autorizando a las Universidades para extender la medida al segundo y tercer curso de cada carrera (art. 2.º, 3).

Contra lo que cabría esperar, la Ley de Reforma Universitaria mantiene sin discusión los criterios fijados en el régimen anterior y atribuye a las Universidades la potestad de limitar el número de convocatorias de examen, sin otro condicionamiento que el dictamen preceptivo, pero *no vinculante*, del Consejo de Universidades: «el Consejo Social de la Universidad, previo informe del Consejo de Universidades, señalará las normas que regulen la permanencia en la Universidad de aquellos estudiantes que no superen las pruebas correspondientes en los plazos que se determinen, de acuerdo con las características de los respectivos estudios» (art. 27.2). La disposición se fundamenta en el artículo 3.º, 2.h), del propio texto legal, que configura como inherente a la autonomía universitaria «la admisión, régimen de permanencia y verificación de conocimientos de los estudiantes».

Pero esa amplia discrecionalidad de las Universidades para establecer libremente las condiciones que conllevan la expulsión del servicio público resulta difícil de compaginar con lo que la misma Ley Orgánica de Reforma Universitaria dispone sobre el acceso a éste, materia en que la autonomía de la Universidad se reduce a determinar la propia capacidad de admisión con arreglo a módulos objetivos establecidos por el Consejo de Universidades y a aplicar, en su caso, los procedimientos de selección que fija el Gobierno (arts. 25 y 26), y ello, sin duda, por imperativo del derecho fundamental a la igualdad que sancionan los artículos 14 y 149.1.1.º de la Constitución o, como dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia 26/1987, de 27 de febrero: «para evitar desigualdades en los criterios de admisión, que podrían producir disparidad en las posibilidades de acceso a la enseñanza superior» (Fundamento jurídico 10).

De ahí que tampoco resulte fácil de explicar que la citada Sentencia no ponga en duda la constitucionalidad del precepto en cuestión, ni siquiera en lo que respecta a la atribución de dicha competencia al Consejo Social y no a otro órgano universitario, a pesar de las razones que invoca el Alto Tribunal en la misma Sentencia para, incluso haciendo uso de los poderes de oficio que le confieren los artículos 39.2 y 84 de su Ley Orgánica, declarar inconstitucionales los artículos 39.1 y 47.3 de la propia Ley de Reforma Universitaria:

«La representación minoritaria que en su composición corresponde a la comunidad universitaria, que queda por ello subordinada a la representación social, impide que se atribuyan al Consejo Social decisiones propias de la autonomía universitaria... Porque, obviamente, si las funciones que se atribuyen al Consejo Social responden a su finalidad específica de ser el órgano de participación de la sociedad en las Universidades y no afectan al contenido esencial de la autonomía de éstas, la participación minoritaria de la comunidad universitaria no lesionará su autonomía. *Pero si, pese a esa representación minoritaria, se atribuyen al Consejo Social funciones estrictamente académicas, entonces sí resultaría vulnerado el artículo 27.10 de la Constitución*» (Fundamento jurídico 9).

Para agravar la situación, los actuales Estatutos universitarios han iniciado un peligroso camino hacia la desigualdad estableciendo una injustificada variedad de regímenes. Pues, en efecto, aunque la mayoría de ellos se limitan a transcribir el mandato del artículo 27.2 de la Ley de Reforma Universitaria, algunos hay que, por el contrario y omitiendo el preceptivo dictamen del Consejo de Universidades, fijan directamente limitaciones de convocatorias. Tal es el caso de los Estatutos de la Universidad de Cádiz, aprobados por Decreto de la Junta de Andalucía 274/1985, de 26 de diciembre, y cuyo artículo 205 dispone en su primer párrafo que «los alumnos dispondrán de cuatro convocatorias ordinarias y tres convocatorias extraordinarias por asignatura», para añadir incomprensiblemente en el párrafo tercero que «el Consejo Social de la Universidad, previo informe del Consejo de Universidades, señalará las normas que regulen la permanencia en la Universidad de aquellos estudiantes que no superen las pruebas correspondientes en los plazos que se determinen...». Otro tanto sucede con los Estatutos de la Universidad de Málaga (Decreto de la Junta andaluza 173/1985, de 31 de julio), que fijan por el contrario en su artículo 155 el límite máximo de seis convocatorias por asignatura.

IV. RECAPITULACIÓN. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE ACCESO Y PERMANENCIA EN LA UNIVERSIDAD

A la vista de cuanto se ha expuesto, cabe plantear serias dudas sobre la constitucionalidad de las actuales restricciones al acceso y permanencia en el servicio público de la enseñanza superior.

De un lado, porque la negativa estatal a verificar los conocimientos del ciudadano, por evidente que sea la precariedad de medios de nuestras Universidades, resulta muy difícil de compaginar con el derecho fundamental a la educación que consagra el artículo 27 de la Constitución, así como, y puesto que el Estado tiene atribuido el monopolio de las titulaciones, con la libertad de elección de profesión u oficio que proclama su artículo 35. El desarrollo de ambos derechos fundamentales —ubicados en el Capítulo II del Título I— se halla reservado además a la ley, «que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*», conforme precisa el artículo 53.1 de la misma Constitución. De ahí que resulte también bastante dudosa la constitucionalidad de los artículos 26.1 y 27.2 de la Ley de Reforma Universitaria, en cuanto que remiten incondicionalmente a la potestad reglamentaria la regulación del *numerus clausus* y de la limitación de convocatorias.

Pero es que, además, la absurda diversidad de regímenes a que está dando lugar la autonomía universitaria afecta también muy directamente al derecho a la igualdad de los usuarios del servicio público, que deriva de los artículos 14 y 149.1.1.º de la propia Carta fundamental. Pues hoy ni son iguales las modalidades de enseñanza en todas las Universidades, ni lo es el número de convocatorias u oportunidades de examen que se concede a los alumnos, como tampoco lo son los criterios con que cada Universidad establece su capacidad de admisión y aplica el procedimiento de *numerus clausus*.

Cuando estas páginas ya habían sido remitidas a imprenta, el Profesor LÓPEZ RAMÓN nos da noticia de una reciente resolución judicial que viene a confirmar plenamente esos temores —«*Numerus clausus*»: *el caso de la Facultad de Derecho de Zaragoza*, «REDA», 58 (1988), 255 y ss.—. Se trata de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de enero de 1988, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la vía de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales por un grupo

de alumnos excluidos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza por aplicación del *numerus clausus*, y a la que el citado autor dedica un encendido elogio que no podemos compartir. Y es que, en efecto, dicha Sentencia parte de la confusión entre derecho a examen y prestación educativa que venimos denunciando, para concluir negando, nada más y nada menos, que exista derecho fundamental alguno a la educación en el ámbito universitario:

«Del artículo 27 de la Constitución —dice su Considerando séptimo— deriva el derecho de todos a cursar, de forma obligatoria y gratuita, la Enseñanza General Básica, que comprende desde los seis a los catorce años de edad. Si a los recurrentes se les hubiese negado iniciar este tipo de estudios, obviamente su derecho constitucional habría sido vulnerado y este Tribunal dispondría la admisión del alumnado en los Centros de Educación Básica. Ahora bien, *este derecho fundamental no puede extenderse a todos los niveles de enseñanza ni menos al universitario*. Es decir, que el que todos tengan derecho a la educación no quiere decir que todos tengan derecho a recibir una formación universitaria, ni mucho menos que lo sea en la especialidad que deseen, en el Centro que elijan y obviado cualquier otro condicionamiento.»

Evidentemente, de admitirse tan tajante tesis, nuestro constituyente podría haberse ahorrado el párrafo primero del artículo 27 de la norma fundamental, que reconoce el derecho *de todos* a la educación y la libertad de enseñanza, con independencia del mandato del número cuarto del mismo precepto acerca de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, y otro tanto cabría decir de las solemnes proclamaciones sobre la libertad de estudio y el derecho de todos los españoles al estudio en la Universidad *de su elección*, contenidas en los artículos 2.º y 25 de la vigente Ley Orgánica de Reforma Universitaria.

