

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado



MASTER UNIVERSITARIO EN DERECHO PÚBLICO

Especialidad en Derecho Eclesiástico del Estado

TRABAJO FIN DE MASTER

“DERECHOS EDUCATIVOS Y *HOMESCHOOLING* EN
ESPAÑA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE
FUTURO”

M^a José Valero Estarellas

Tutor: Profesor Dr. Javier Martínez-Torrón.

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

Convocatoria: Junio 2011

Calificación: 10 Matrícula de Honor

RESUMEN

Si bien la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010 ha supuesto un duro revés para los partidarios del homeschooling en España, lo cierto es que, a la vez que parece querer cerrar la posibilidad de una objeción de conciencia al deber jurídico de escolarización, ha abierto el debate público acerca de la conveniencia de que se reforme el sistema educativo con el fin de introducir en él la enseñanza en el hogar. Este trabajo estudia la conveniencia de dicha regulación desde un análisis del artículo 27 CE y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos.

PALABRAS CLAVE

Libertad de conciencia y religión, derechos educativos, homeschooling.

ABSTRACT

Although the judgment of December 2, 2010 by the Spanish Constitutional Court has dealt a serious blow to homeschoolers in Spain, the truth is that, even as it has intended to close any possibility of conscientious objection to school compulsory attendance, it has also started a public debate on whether it would be convenient to modify the current educational system in order to legalize home education. This paper analyzes this possibility from the standpoints of article 27 of the Spanish Constitution and the rights of parents over the education of their children.

KEY WORDS

Freedom of conscience and religion, educational rights, homeschooling.

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas	5
INTRODUCCIÓN.....	6
2. APROXIMACIÓN AL <i>HOMESCHOOLING</i> . LA EXPERIENCIA COMPARADA	10
2.1. La educación en casa en los Estados Unidos de América	10
2.2. La educación en casa en Europa	17
2.2.1 Reino Unido.....	18
2.2.2 Francia	22
3. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHOS EDUCATIVOS: LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	24
3.1. Las causas y las características del debate sobre el <i>homeschooling</i>	24
3.2 El derecho a la educación y los derechos educativos	27
3.3 Los derechos educativos en los textos internacionales de Derechos Humanos	30
3.4. Derechos educativos y <i>homeschooling</i> en la jurisprudencia de Estrasburgo	38
3.4.1 El derecho a la instrucción y los derechos de los padres en la doctrina del TEDH.....	40
3.4.2 La posición del TEDH en relación con la educación en casa.....	50
4. LA EDUCACIÓN EN CASA O <i>HOMESCHOOLING</i> EN ESPAÑA. SITUACIÓN ACTUAL.....	56
4.1 Los derechos educativos y la educación en casa en España	59
4.1.1. El contexto histórico y constitucional.....	59
4.1.2 El derecho a la educación de los menores de edad.....	65
4.1.3 La libertad de enseñanza en la educación del menor de edad	74
4.2 La educación en casa en la jurisprudencia española.....	83
4.2.1 La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010	88

5. EL <i>HOMESCHOOLING</i> EN ESPAÑA. PERSPECTIVAS DE FUTURO.....	101
5.1. Propuestas para una regulación legal de la educación en casa	102
5.2 Criterios jurisprudenciales de resolución de conflictos	105
6. CONCLUSIONES.....	109
Bibliografía citada	113

Abreviaturas utilizadas

ADEE	Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado
AP	Audiencia Provincial
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
c.	contra
CC	Código civil
CE	Constitución española
CP	Código penal
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
LEA	Local Education Authority
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOECE	Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación
PA	Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales de 1966
RGDCDEE	Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de derechos humanos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Infancia

1. INTRODUCCIÓN

Aunque se trata de un fenómeno relativamente reciente en España, la opción de algunos padres de educar a sus hijos menores de edad al margen del sistema escolar, no sólo fuera de centros públicos, sino también de escuelas privadas, no es en absoluto desconocido en países de nuestro entorno con sociedades cada vez más complejas y plurales¹. Es precisamente en una sociedad plural, en tanto que opuesta a una sociedad con una única concepción de sí misma y del hombre, en la que pueden surgir, y de hecho surgen, los conflictos en la educación², conflictos que, ya sea relacionados con la obligatoriedad de ciertos contenidos o actividades curriculares, ya dirigidos contra el deber jurídico de escolarización, tienen como denominador común la decisión de unos padres de exigir en conciencia, frente al omnipresente Estado, un mayor poder de decisión en la sensible cuestión de la educación que han de recibir sus hijos³.

El *homeschooling*, como fenómeno de rechazo a la escolarización institucionalizada, no es sino una manifestación más de estos nuevos conflictos educativos que reclaman un mayor protagonismo para las familias en la formación de los menores de edad⁴. A pesar de que una de las motivaciones iniciales del *homeschooling* fue la de preservar la conciencia de los hijos frente a la carga ideológica de la escuela, con el paso del tiempo la educación en casa se ha ido “secularizando” para abarcar no ya sólo objeciones de conciencia, sino lo que algunos autores denominan “objeciones de ciencia”, es decir, la oposición de ciertos padres al sistema educativo por razones pedagógico-académicas⁵. Ha sido desde esta nueva consideración

¹ Apunta Jordán Villacampa cómo “los problemas no suelen surgir en núcleos aislados sino que se extienden en el espacio y en el tiempo y, ello es lo que sucede con las voces de las minorías en materia de educación. Se oyen en diversos países simultáneamente. España participa, también, de esta tendencia internacionalizadora.” M^a L. JORDÁN VILLACAMPA, “La objeción de conciencia al sistema escolar”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia, 1999, p. 467.

² V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación y la educación para la libertad”, en *Persona y Derecho* 6 (1979), p. 34.

³ R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, p. 217.

⁴ I. BRIONES MARTÍNEZ, “¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?”, en *RGDCDEE* 3 (2003), p. 2.

⁵ J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, “Objeciones de conciencia y escuela”, en *RGDCDEE* 15 (2007), p. 22.

socio-pedagógica secular de que la escuela no responde a las inquietudes educativas de las modernas sociedades occidentales, que el fenómeno de la educación en casa se ha extendido primero por su país de origen, los Estados Unidos de América, y posteriormente por todo el mundo. En la actualidad, la educación en casa es legal en países tan distintos como Francia, Dinamarca, Kenya, Canadá, Australia, Nueva Zelanda o Indonesia, mientras que, además de en España, continúa careciendo de reconocimiento legislativo, entre otros, en Grecia, Alemania, Países Bajos y algunos cantones suizos⁶.

En pleno siglo XXI, la educación en casa se presenta como un fenómeno plurifacético⁷. Bajo el denominador común de la opción de educar a los hijos fuera del

⁶ Datos proporcionados por <http://www.hslda.org/hs/international/default.asp> y <http://educacionlibre.org/inicimarc.htm> (Consultado el 29 de mayo de 2011).

⁷ J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, “Objeciones...”, cit. en nota 5, p. 22.

Los testimonios de la creciente secularización del *homeschooling* se pueden encontrar fácilmente en los blogs y páginas de Internet que se ocupan de este fenómeno. Sirvan los siguientes ejemplos para ilustrar el fenómeno: (i) Una familia italo-americana considera que los hijos deben estar con sus familias, y no alejados de ellas durante un gran número de horas al día: “My husband and I chose HS because we believe children belong with their families and don't have to spend eight hours a day, five days a week segregated in a building having to ask permission for talking, standing and going to the bathroom. We don't want to mould our children; we want them to have the freedom to learn for their own reasons, asking questions not answering them while taking part in life's immense diversity of situations.” (<http://www.controscuola.it/english/> . Consultado el 11 de abril de 2011);

(ii) unos padres franceses optan por la *instruction à la maison* tras comprobar que el sistema educativo no se adapta al ritmo de aprendizaje de sus hijos: “J'ai aussi compris que mes enfants n'auraient pas de place dans ce système en temps qu'individus avec un rythme et des besoins spécifiques. Ils seraient seulement la partie d'un groupe auquel il faudrait se conformer.” (<http://www.eco-bio.info/homeschooling.html> . Consultado el 11 de abril de 2011);

(iii) una madre Filipina reconoce cómo, después de haber sido víctima de violencia escolar desde el primer año de colegio, su hijo está planteándose seguir un programa de educación en casa: “For the past few weeks, my son has been broaching the idea of getting on a home study program. He revealed that he gets so bothered by the frequent name-calling by not just a few, but many of his classmates.” (<http://bosanchez.ph/is-your-child-being-bullied-in-school/> Consultado el 11 de abril de 2011). De hecho, según el *Home Education Advisory Service* de Escocia, la violencia escolar es la razón principal por la que cada vez más familias optan por la educación en casa: “The most common reason which people give us for considering home education is fear of violence and bullying at school. They fear that their learning is being disrupted, and that it's making their lives miserable.” (<http://scotlandonsunday.scotsman.com/bullyingatschool/Fear-of-bullies-boosts-home.2567082.jp>. Consultado el 11 de abril de 2011);

(iv) en Canadá, la *Ontario Federation of Teaching Parents* tiene toda una sección de su página web dedicada a la educación en el hogar de niños con necesidades educativas especiales: Trastorno de Déficit de Atención e Hiperactividad, Autismo, Asperger, Dislexia, Disgrafía y un largo etcétera. (<http://ontariohomeschool.org/learnediff.shtml#ADD>. Consultado el 11 de abril de 2011);

(v) una madre americana expatriada en China desde hace años comparte su experiencia de *homeschooling* en <http://www.chsource.org/site/en/family-and-children/403-helping-expatriate-families-homeschool-successfully-in-china.html> (Consultado el 11 de abril de 2011).

sistema educativo institucional, se constata la existencia de múltiples motivaciones y modalidades educativas⁸. En el amplio espectro del *homeschooling* del siglo XXI conviven padres militantes de grupos filosóficos *new-age* con padres pertenecientes a grupos religiosos que consideran que la enseñanza que sus hijos reciben en el colegio es contraria a su fe; padres que jamás han llevado a sus hijos al colegio con otros que nunca se habrían planteado sacar a sus hijos de la escuela si no se hubiesen topado con situaciones de violencia escolar, de inadaptación del sistema a las necesidades especiales de sus hijos o de fracaso escolar. Por ello, me parece errónea la identificación que, aún hoy, muchos detractores de la educación en casa tienden a hacer de la educación en el hogar con opciones religiosas extremistas⁹.

En España, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010¹⁰, que ha negado a unos padres de familia el derecho a poder educar a sus hijos en el hogar, ha añadido la cuestión del *homeschooling* al habitual debate planteado en nuestra sociedad en relación con la educación¹¹, debate que por otro lado en ningún momento puede ser tomado a la ligera, porque, como se ha señalado, el problema “no es superfluo ni baladí, dado que la educación condiciona el futuro de los países y puede ser uno de sus más fructíferos exponentes.”¹² Si bien la sentencia del Tribunal Constitucional ha supuesto un duro revés para los partidarios de esta modalidad educativa en nuestro país, lo cierto es que, a la vez que parece querer cerrar, en mi

⁸ R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 242 y 243.

⁹ C.J. ROSS, “Fundamental Challenges to Core Democratic Values: Exit and Homeschooling”, *William & Mary Bill of Rights Journal* 18 (2009-2010), pp. 996-998; R. REICH, “Why Homeschooling Should Be Regulated”, p. 1. Disponible en la página web de la Universidad de Stanford, <http://www.stanford.edu/group/reichresearch/cgi-bin/site/wp-content/uploads/2011/01/Reich-WhyHomeSchoolsShouldBeRegulated.pdf> (Consultado el 30 de abril de 2011).

¹⁰ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133].

¹¹ Tras la conmoción que supuso la introducción de la asignatura de “Educación para la ciudadanía” en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), a los crecientes conflictos planteados en relación con el uso de ciertas vestimentas religiosas en la escuela, se ha unido más recientemente la polémica en relación con el Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, que haría desaparecer los conciertos para colegios con educación diferenciada. En relación con los primeros conflictos, cfr. M^a J. ROCA, “Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”, en *Los derechos fundamentales en la educación*, (dir. J. L. REQUERO IBÁÑEZ Y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ), Madrid, 2008, pp. 152 y ss.; y R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 279 y ss. y 301 y ss. En cuanto al Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, *vid.* <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/270511ProyectoLeyIgualdadTrato.htm> y http://www.consejo-estado.es/pdf/AP_LeyIntegralIgualdad.pdf (Consultados el 1 de junio de 2011).

¹² M^a L. JORDÁN VILLACAMPA, “La objeción de...”, cit. en nota 1, p. 467.

opinión en falso, la objeción de conciencia al deber jurídico de escolarización, ha abierto el debate público —jurídico, filosófico y pedagógico— acerca de la conveniencia de que se reforme el sistema educativo con el fin de introducir en él la enseñanza en el hogar¹³.

Así pues, el objetivo fundamental de este trabajo es realizar una doble reflexión acerca del futuro del *homeschooling* en España. En primer lugar, desde el análisis de la relación entre los derechos educativos y el derecho de libertad ideológica y religiosa que la Constitución establece, avanzar en la propuesta de esos rasgos, siquiera embrionarios, de una posible futura regulación legal de la educación en casa. En segundo lugar, plantear los criterios jurisprudenciales que habrían de ser tenidos en cuenta por jueces y tribunales españoles a la hora de enfrentarse a supuestos de ausencia de escolarización de menores de edad que son educados en el entorno familiar.

Las páginas siguientes parten de una premisa: que, cuando unos padres optan por educar a sus hijos fuera del sistema escolar institucional, se ven afectados una pluralidad de sujetos y entran en juego un gran número de los llamados derechos educativos, derivados de los fundamentales derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, y en última instancia, del derecho a la libertad de conciencia. Por ello, entiendo que esta investigación debe recorrer un camino que, para llevarnos de lo más general a lo más particular, ha de cubrir las siguientes etapas: tras un sobrevuelo de la situación del *homeschooling* en el derecho comparado, es ineludible una primera indagación en el concepto del derecho a la educación y en cómo ha sido reconocido y desarrollado en los principales documentos internacionales sobre derechos humanos; a continuación, es preciso realizar un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en cuanto al alcance y contenido del derecho a la educación y del derecho de los padres a que el Estado respete en la educación de sus hijos sus convicciones religiosas y filosóficas; también será imprescindible realizar un análisis de nuestro derecho interno, en concreto, de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza reconocidos en el artículo 27 de la Constitución Española y en el modo en

¹³ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 9º “Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE), así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución.”

que éstos se ven implicados en el fenómeno del *homeschooling*; y por último, y antes de adentrarnos en las futuras perspectivas de la educación en casa en España, haré una referencia al tratamiento que el rechazo a la escolarización obligatoria ha merecido por parte de los órganos judiciales españoles.

2. APROXIMACIÓN AL *HOMESCHOOLING*. LA EXPERIENCIA COMPARADA

Lo novedoso y reciente de la aparición en nuestro país de situaciones de rechazo a la escolarización obligatoria y de familias que educan a sus hijos en casa¹⁴ aconseja, antes de abordar cualquier otro análisis, dirigir en primer lugar nuestra atención hacia la situación en la que el *homeschooling* se encuentra en algunas de las democracias de nuestro entorno. Sin ningún género de dudas, cualquier estudio de derecho comparado de la educación en casa debe iniciarse con una ineludible referencia a los Estados Unidos de América, lugar de origen del fenómeno y uno de los países en que la formación de los hijos en el hogar está más extendida y goza de un mayor grado de aceptación social¹⁵.

Una vez analizada la situación legal y jurisprudencial del *homeschooling* en los Estados Unidos, me detendré, ya más brevemente, en el análisis de su regulación en dos de los países de nuestro entorno más inmediato, el Reino Unido y Francia.

2.1. La educación en casa en los Estados Unidos de América

La educación en casa como fenómeno contemporáneo¹⁶ nace en Estados Unidos a mediados de la década de los sesenta del siglo pasado, como parte de un movimiento

¹⁴ Según los datos que ofrecen las asociaciones de “educadores en familia” de España, en nuestro país hay unas 2000 familias que practican el *homeschooling*. <http://www.educacionlibre.org/> (Consultado el 28 de mayo de 2011).

¹⁵ T. WADDELL, “Bringing It All Back Home. Establishing a Coherent Constitutional Framework for the Re-regulation of Homeschooling”, *Vanderbilt Law Review* 63 (2010), p. 588.

¹⁶ No olvidemos que hasta la segunda mitad del siglo XIX la educación de los hijos en casa era la regla general, y no la excepción. En los Estados Unidos de América la educación en el hogar fue desapareciendo progresivamente de los distintos Estados a partir del último tercio del siglo XIX al promulgarse normas que en un primer momento obligaron a los padres a educar a sus hijos y posteriormente a enviarlos a una escuela formal durante al menos parte de cada curso escolar. El primer Estado en promulgar una ley exigiendo la escolarización obligatoria fue Massachussets en 1852. El

progresista impulsado por el profesor y pedagogo John Holt¹⁷. Holt era partidario de una educación menos estructurada, más descentralizada y en la que los padres tuviesen una mayor autonomía. Sus teorías, muy próximas a lo que hoy se conoce como *unschooling* o “libertad en el aprendizaje”, se basaban en la creencia de que los niños tenían una predisposición natural para adquirir conocimientos, por lo que aprendían mejor cuando se les animaba a seguir sus propios intereses, al contrario de lo que ocurría en los colegios tradicionales en los que eran obligados a seguir un curriculum preestablecido¹⁸. Sus ideas fueron celebradas inicialmente por grupos de la izquierda contra-cultural como movimientos feministas, “La Liga de la Leche”, hippies y comunidades *new-age*¹⁹. Sin embargo, con el paso del tiempo el rechazo a la escolarización obligatoria (*compulsory attendance*) fue tornándose en los Estados Unidos en una auténtica objeción de conciencia por motivos religiosos. La creciente adopción por los colegios públicos estadounidenses de nuevas filosofías educativas más progresistas, llevó a familias conservadoras y religiosas a optar por educar a sus hijos en casa. Estas familias, en su mayoría cristianas protestantes, consideraban la escuela como un lugar en el que se impartía enseñanza al margen de los principios que se deducían de sus interpretaciones de la Biblia²⁰. La negativa de los padres a enviar a sus hijos al colegio planteaba un conflicto entre las leyes estatales que exigían la escolarización obligatoria de los menores por un lado, con la cláusula de *free-exercise* reconocida bajo la Primera Enmienda de la Constitución y con el derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos por otro.

Se suele señalar como el principio del reconocimiento institucional del *homeschooling* en los Estados Unidos la famosa sentencia del Tribunal Supremo

último fue Texas en 1915. A mediados del siglo XX la educación en casa había desaparecido prácticamente de los Estados Unidos, y su estatus legal era, cuando menos, incierto. *Vid.* C. J. ROSS, “Fundamental Challenges...”, cit. en nota 9, pp. 992-993; Para un estudio más detallado de la evolución de la educación en los Estados Unidos, cfr. A. T. MARTIN, “Homeschooling in Germany and the United States”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 27, I (2010), pp. 248 y ss.

¹⁷ C. J. ROSS, “Fundamental Challenges...”, cit. en nota 9, p. 994.

¹⁸ K. A. YURACKO, “Education off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling”, *California Law Review* 96 (2008), pp. 125 y 126.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de conciencia al sistema escolar: La denominada educación en casa”, en *Laicidad y libertades* 6 (2006), p. 13; C. J. ROSS, “Fundamental Challenges...”, cit. en nota 9, p. 994.

*Wisconsin v. Yoder et. al.*²¹ Sin embargo, no es este el primer caso en que dicho órgano jurisdiccional tuvo que resolver acerca el binomio derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos – interés del Estado en materia de educación. Por el contrario, su jurisprudencia en la materia se remonta a los años veinte del pasado siglo XX²².

En 1923, en la sentencia del caso *Meyer v. Nebraska*²³, el Tribunal Supremo falló a favor del demandante, un profesor que había sido condenado a pagar una multa por enseñar a leer en alemán a un alumno de diez años. El Tribunal consideró que una Ley de 1919 del Estado de Nebraska, por la que se prohibía impartir materia alguna, a ningún alumno y en ninguna institución educativa, en una lengua que no fuese el inglés, y que además establecía como requisito para poder comenzar a aprender un idioma extranjero haber superado con éxito el octavo grado de enseñanza, interfería con los derechos del maestro – y de los padres que lo habían contratado. El Estado alegó que la prohibición de impartir enseñanza en una lengua moderna diferente al inglés pretendía evitar que ciudadanos inmigrantes inculcasen a sus hijos, como maternos, idiomas extranjeros en detrimento del oficial del Estado. El Tribunal entendió que, sin perjuicio de que “el pueblo Americano siempre haya considerado la educación y la adquisición de conocimientos como cuestiones de suprema importancia que deben ser promovidas diligentemente”²⁴, la Ley de Nebraska, tal y como era interpretada y aplicada, interfería tanto con la oportunidad de los niños de adquirir ciertos conocimientos como con el derecho de los padres de controlar la educación de sus hijos²⁵.

²¹ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Se puede consultar a texto completo en <http://law.umkc.edu/faculty/projects/frtrial/conlaw/yoder.html>. (Consultado el 10 de mayo de 2011).

²³ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). El texto completo de la sentencia está disponible en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=262&page=390> (Consultado el 11 de abril de 2011). L. A. GREENFIELD, “Religious home-schools: that’s not a monkey on your back, it’s a Compelling State Interest”, *Rutgers Journal of Lay and Religion* 9.1 (2007), pp. 3 y 4.

²⁴ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 “The American people have always regarded education and acquisition of knowledge as matters of supreme importance which should be diligently promoted.”

²⁵ *Ibid.*, “Evidently the Legislature has attempted materially to interfere with the calling of modern language teachers, with the opportunities of pupils to acquire knowledge, and with the power of parents to control the education of their own”, y añade “That the state may do much, go very far, indeed, in order to improve the quality of its citizens, physically, mentally and morally, is clear; but the individual has certain fundamental rights which must be respected. The protection of the Constitution extends to all, to those who speak other languages as well as to those born with English on the tongue. Perhaps it would be highly advantageous if all had ready understanding of our ordinary speech, but this cannot be coerced by methods which conflict with the Constitution—a desirable and cannot be promoted by prohibited means”.

Dos años más tarde, el Tribunal Supremo se enfrentó nuevamente a un caso en el que tuvo que analizar el equilibrio en materia educativa de los intereses, a veces enfrentados, de los padres, del Estado y de propio menor. En *Pierce v. Society of Sisters*²⁶ se cuestionaba una Ley del Estado de Oregón que obligaba a que todos los niños de entre ocho y dieciséis años fuesen escolarizados en colegios públicos. El Tribunal Supremo acogió los argumentos de las demandadas, dos instituciones educativas privadas, y pronunció la ya famosa frase de que “los niños no son meras criaturas del Estado”²⁷. La sentencia no cuestiona las amplias facultades del Estado para regular pormenorizadamente el sistema educativo, al contrario, las reconoce expresamente²⁸. Sin embargo, siguiendo la doctrina anticipada en *Meyer*, el Tribunal entiende que la Ley interfiere de manera irrazonable con la libertad de padres y tutores de dirigir la educación de los niños a su cargo, y que la libertad de los menores impide al Estado cualquier intento de estandarización, toda vez que reconoce a los responsables de su cuidado el derecho y la obligación de prepararles para otras obligaciones²⁹.

En 1972, en *Wisconsin v. Yoder*, el Tribunal Supremo dio la razón a unos padres pertenecientes a la *Old Order Amish* de Wisconsin que, contraviniendo la Ley estatal que establecía la escolarización obligatoria hasta los 16 años, habían decidido, por motivos religiosos, que sus hijos no asistiesen a ningún colegio, público o privado, a partir de los 14 años³⁰. En este caso, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos realizó

²⁶ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). El original en inglés en <http://supreme.justia.com/us/268/510/case.html> (Consultado el 11 de abril de 2011).

²⁷ *Ibid.*, “The child is not the mere creature of the state.”

²⁸ *Ibid.*, “No question is raised concerning the power of the State reasonably to regulate all schools, to inspect, supervise and examine them, their teachers and pupils; to require that all children of proper age attend some school, that teachers shall be of good moral character and patriotic disposition, that certain studies plainly essential to good citizenship must be taught, and that nothing be taught which is manifestly inimical to the public welfare.”

²⁹ *Ibid.*, “The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations.”

³⁰ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 “Amish objection to formal education beyond the eighth grade is firmly grounded in these central religious concepts.” “Formal high school education beyond the eighth grade is contrary to Amish beliefs, not only because it places Amish children in an environment hostile to Amish beliefs with increasing emphasis on competition in class work and sports and with pressure to conform to the styles, manners and ways of the peer group, but also because it takes them away from their community, physically and emotionally, during the crucial and formative adolescent period of life”.

un interesante ejercicio de ponderación de los intereses en juego y decidió amparar el derecho de los padres a no escolarizar a sus hijos a partir de los 14 años, no sólo basándose en su libertad religiosa, sino también en el hecho de que tanto éstos como la propia comunidad *Amish* se encargarían de proporcionar a los niños la educación más idónea para el tipo de vida que previsiblemente llevarían en el futuro³¹.

Nuevamente, el Tribunal comienza haciendo una afirmación del poder del Estado para regular de manera razonable el control y la duración de la educación básica, dado que tiene un alto grado de responsabilidad en la formación de sus ciudadanos. No obstante, esta responsabilidad, sin dejar de ser de suma importancia, debe ceder ante el derecho de los padres de proveer una educación equivalente en un sistema operado de manera privada. El interés del Estado en la educación universal no está libre de un *balancing process* cuando incide en derechos fundamentales e intereses como los protegidos por la cláusula de *free-exercise*. El Tribunal cita a Thomas Jefferson al señalar que “cierto grado de educación es necesaria para preparar ciudadanos que participen efectiva e inteligentemente en nuestro sistema político abierto si hemos de mantener la libertad y la independencia. Es más, la educación prepara a los individuos a ser partícipes autosuficientes en la sociedad”³². Pero sólo los más elevados intereses públicos pueden justificar la limitación de libertades fundamentales como la libertad religiosa y el derecho de los padres a decidir la orientación religiosa de la educación de sus hijos.³³

Aunque la educación en casa continuó siendo ilegal en la mayor parte de los Estados Unidos hasta principios de la década de los ochenta del siglo pasado³⁴, su progresiva legalización ha resultado en que, en la actualidad, esta modalidad educativa está permitida en los 50 Estados de la Unión, si bien no existe unanimidad ni en cuanto

³¹ Vid. J. G. MC MULLEN, “Behind Closed Doors. Should States Regulate Homeschooling?”, *South Carolina Law Review*, 54 (2002-2003), pp. 94 y ss.; R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 243 y 244.

³² *Wisconsin v. Yoder*: “It notes, as Thomas Jefferson pointed out early in our history, that some degree of education is necessary to prepare citizens to participate effectively and intelligently in our open political system if we are to preserve freedom and independence. Further, education prepares individuals to be self-reliant and self-sufficient participants in society.”

³³ R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 244.

³⁴ Cfr. C.J. ROSS, “Fundamental Challenges...”, cit. en nota 9, p. 994; K.A. YURACKO, “Education Off the Grid...”, cit. en nota 18, p. 124.

a su denominación ni en lo que se refiere a los requisitos y controles a los que se somete a los alumnos educados fuera del sistema escolar oficial³⁵.

Pese a que no se dispone de cifras oficiales actualizadas del número de niños educados en casa en los Estados Unidos³⁶, nadie parece discutir que desde los años 70 del siglo pasado el *homeschooling* no ha dejado de aumentar a un ritmo considerable, con previsiones de crecimiento de hasta el 15 y el 20% anual en algunas zonas del país³⁷. Sus seguidores se vanaglorian de que los niños educados en casa suelen obtener mejores resultados tanto en tests de madurez como de conocimientos que los que han sido escolarizados en el sistema público³⁸. Por lo que se refiere a los motivos que inducen a los padres a encargarse personalmente de la educación de sus hijos, aunque todavía son muchos los que aducen causas religiosas, éstos son cada vez más variados. Al igual que en relación con el número de niños educados en el hogar, debido a la ausencia de datos oficiales acerca de las motivaciones que impulsan a los padres a hacerse cargo en primera persona de la educación de sus hijos, la información que se maneja es escasa e incluso contradictoria. Mientras algunas fuentes aportan el dato de que más del 70% de los padres eligen el *homeschooling* por razones que nada tienen que ver con la religión³⁹, otros afirman que las motivaciones religiosas están presentes en casi el 90% de quienes optan por educar a sus hijos en casa⁴⁰.

³⁵ Cfr. K.A. YURACKO, "Education Off the Grid...", cit. en nota 18, p. 123 y ss. Para una información detallada de la situación legal del *homeschooling* en Estados Unidos, <http://www.hslda.org> (Consultada el 8 de mayo de 2011). También en I. BRIONES MARTÍNEZ, "Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la educación en casa. Análisis comparativo entre Estados Unidos y España", ponencia pronunciada por la autora en el Primer Congreso Nacional de Educación en Familia (Homeschooling) que tuvo lugar en Valencia en octubre de 2010. Disponible en <http://www.ulia.org/ficv/homeschooling/textos/Irene%20Briones.doc> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

³⁶ En 2007 se calculaba que el 2,9% de los niños en edad escolar, aproximadamente 1,5 millones, recibían educación en casa en los Estados Unidos. Vid. C.J. ROSS, "Fundamental Challenges...", cit. en nota 9, p. 994.

³⁷ Vid. A.T. MARTIN, "Homeschooling in Germany...", cit. en nota 16, p. 254; C.J. ROSS, "Fundamental Challenges...", cit. en nota 9, p. 996. Según el *National Home Education Research Institute*, en 2009 había en Estados Unidos unos dos millones de *homeschoolers* (<http://www.neri.org/Research-Facts-on-Homeschooling.html>). (Consultado el 4 de mayo de 2011).

³⁸ Aporta datos al respecto, <http://www.hslda.org/docs/nche/000010/200410250.asp> (Consultado el 4 de mayo de 2011).

³⁹ Vid. A.T. MARTIN, "Homeschooling in Germany...", cit. en nota 16, pp. 255 y 256. Según este autor, los padres aseguran educar a sus hijos en casa como consecuencia del declive de los colegios públicos y en general del fracaso de método educativo.

⁴⁰ C.J. ROSS, "Fundamental Challenges...", cit. en nota 9, pp. 996 a 998. Citando datos de encuestas federales practicadas por el *National Center for Education Statistics* del Departamento de

Pese a que la educación en casa es un fenómeno extendido y socialmente aceptado en los Estados Unidos, no está exento de problemas. En las últimas décadas se viene planteando con creciente virulencia el debate acerca de dónde está el punto de equilibrio entre el derecho de los padres a dirigir la educación de sus hijos y el interés del Estado en el bienestar de los niños⁴¹ y en su deber de formar adecuadamente a los ciudadanos⁴². La falta de uniformidad en la regulación del *homeschooling* en los diferentes estados de la Unión⁴³, la frontal oposición de los lobbies de *homeschoolers* existentes —tanto en el Congreso como en las legislaturas de cada estado⁴⁴— a admitir cualquier legislación que amplíe las competencias estatales de control o supervisión de la actividad educativa que realizan los padres en el hogar, el temor de amplios sectores críticos con la educación en casa de que la formación que reciben los niños de familias religiosas tradicionales colisione con valores esenciales que el sistema educativo debe inculcar⁴⁵, y la prevención de los padres educadores en el hogar frente a mayores

Educación de los Estados Unidos en 2003 y 2008, el 83% de los *homeschoolers* asegura haber optado por educar a sus hijos en casa para proporcionarles instrucción religiosa o moral. Afirma esta autora que aunque no todos los padres alegan como motivo “principal” para educar a sus hijos en casa la religión, algunas de las demás causas consideradas “principales” pueden reconducirse, en su opinión, a motivos religiosos. Así, considera religiosas las motivaciones de aquellos padres que aseguran querer proteger a sus hijos de ciertas formas de violencia escolar (*peer-pressure*), asimilándolas a la preocupación manifestada por los *Amish* del caso *Yoder*. De igual modo, parece considerar que los musulmanes que alegan querer proteger a sus hijos del consumo de drogas y a sus hijas de ciertas vestimentas y actitudes, lo hacen por motivos religiosos. También entiende que cuando los partidarios de la educación en casa aducen como motivos la insatisfacción con la instrucción académica de los colegios públicos, esta “insatisfacción” debe ser interpretada a la luz de las actitudes de *homeschoolers* cristianos conservadores en materias como educación sexual (homosexualidad, relaciones prematrimoniales), evolución, igualdad de género y selección de materiales curriculares seculares.

⁴¹ *Ibid.*, p. 999.

⁴² *Vid.* A.T. MARTIN, “Homeschooling in Germany...”, cit. en nota 16, p. 254.

⁴³ La diversidad abarca desde estados como Texas, Illinois o Idaho en los que los padres ni siquiera tienen que comunicar a las autoridades educativas su intención de educar a sus hijos en casa, a otros como Dakota del Norte, Nueva York o Pensilvania en los que se exige, además de notificación, el cumplimiento de requisitos adicionales como la remisión de información acerca de resultados de tests de evaluación, la valoración por profesionales de los progresos en el aprendizaje, la sujeción a un currículo aprobado por el estado, una cualificación mínima de los padres o la visita de agentes del estado. En una posición intermedia estarían estados como California, Nevada, Arizona o Missisipi, en los que basta una simple notificación, o como Oregón, Colorado o Carolina del Sur, que exigen no sólo notificación sino también la remisión de información acerca de test de evaluación y/o la valoración por profesionales del progreso de los menores. (Información actualizada estado por estado disponible en <http://www.hslda.org/hs/state/default.asp>. Consultado el 13 de abril de 2011). También en I. BRIONES MARTÍNEZ, “Aspectos constitucionales...”, cit. en nota 35.

⁴⁴ Así lo destaca A.T. MARTIN, “Homeschooling in Germany...”, cit. en nota 16, p. 256.

⁴⁵ Cfr. C.J. ROSS, “Fundamental Challenges...”, cit. en nota 9, p. 1000; K.A. YURACKO, “Education Off the Grid...”, cit. en nota 18, p. 132.

controles estatales del *homeschooling* que vulneren injustificadamente su privacidad familiar y que lleguen incluso a anular los beneficios que una educación individualizada tiene para sus hijos, son argumentos que alimentan desde hace años un debate que está lejos de alcanzar una solución consensuada.

El resultado es que, si se me permite la expresión coloquial, “las aguas están revueltas” en el mundo de la educación en casa en los Estados Unidos, a nivel legislativo, a nivel judicial y a nivel académico. En Texas se debate una propuesta de ley que obligaría a los padres de niños que abandonen el colegio para iniciar una educación en casa a notificárselo al colegio por escrito⁴⁶. En Illinois y Oklahoma los lobbies de *homeschoolers*⁴⁷ han logrado recientemente parar proyectos de ley que pretendían incrementar el control del estado sobre las familias que educan en el hogar⁴⁸. Los Tribunales de California y Pensilvania se han pronunciado en los últimos años sobre cuestiones relativas a requisitos para poder llevar a cabo una enseñanza en el hogar⁴⁹. Por su parte, la doctrina jurídica se debate entre posturas extremas y posiciones intermedias que pretenden encontrar un adecuado equilibrio entre los intereses de todos los implicados, reconociendo el valor de la educación en casa pero proponiendo un mayor control de ésta por parte de los estados⁵⁰.

2.2. La educación en casa en Europa

⁴⁶ *Senate Bill 207 and House Bill 196*. Desde la página web <http://www.hslda.org/cms/index.php?q=bill/senate-bill-207-and-house-bill-196-requires-parents-notify-their-intent-homeschool> existen enlaces a los textos de ambas propuestas. (Consultado el 12 de abril de 2011).

⁴⁷ El poder de la principal organización cristiana de defensa del *homeschooling*, la *Home School Legal Defense Association*, más conocida por su acrónimo HSLDA, es analizado en detalle en K.A. YURACKO, “Education Off the Grid...”, cit. en nota 18, pp. 127 a 131.

⁴⁸ *Vid.* para Illinois <https://www.hslda.org/cms/index.php?q=bill/senate-bill-136-requires-registration-all-children-attending-home-based-private-schools>; y para Oklahoma <https://www.hslda.org/cms/index.php?q=bill/senate-bill-394-major-increase-regulation-against-homeschool-students> (Consultados el 12 de abril de 2011).

⁴⁹ Me estoy refiriendo a los casos *In re Jonathan L.* (inicialmente conocido como *In re Rachel L.*) de California y *Combs v. Homer-Center School District* de Pensilvania. *Vid.* H. J. CONRAD, “The constitutionality of teacher certification requirements for home-schooling parents: why the original *Rachel L.* Decision was right”, en *Drexel Law Review* 2 (2006), pp. 206 a 257.

⁵⁰ Cfr. T. WADDELL, “Bringing It All...”, cit. en nota 15, pp. 588 y ss.

En Europa también parece ir en aumento el número de padres que optan por sacar a sus hijos de las escuelas, públicas o privadas, para educarlos en casa o en escuelas no regladas.

Como cabría esperar en un continente en el que conviven muy diversas sensibilidades en materia de educación, el panorama legislativo en materia de *homeschooling* es muy variado⁵¹. Mientras que en Irlanda y Dinamarca la educación en casa está prevista en sus respectivas constituciones⁵², en Alemania no sólo no está permitida sino que se persigue activamente⁵³. En otros países como Bélgica, Francia, Italia, Austria y Reino Unido, se admite la educación en casa sometida a ciertos controles, al contrario de lo que ocurre en Grecia, dos de los Cantones Suizos y los Países Bajos, en los que la ley no reconoce la educación al margen del sistema escolar⁵⁴.

En las páginas siguientes describiré brevemente la situación de dos países que, admitiendo ambos el *homeschooling*, ejemplifican dos actitudes bien diversas en el modo de entenderlo: Reino Unido y Francia.

2.2.1 Reino Unido

⁵¹ Vid. M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 16.

⁵² El artículo 76 de la Constitución de Dinamarca establece que “[a]ll children of school age shall be entitled to free instruction in the elementary schools. Parents or guardians who themselves arrange for their children or wards receiving instruction equal to the general elementary school standard, shall not be obliged to have their children or wards taught in elementary school.” http://www.servat.unibe.ch/icl/da00000_.html (Consultado el 1 de mayo de 2011). Por su parte el artículo 42 de la Constitución de la República de Irlanda establece “1. The State acknowledges that the primary and natural educator of the child is the Family and guarantees to respect the inalienable right and duty of parents to provide, according to their means, for the religious and moral, intellectual, physical and social education of their children. 2. Parents shall be free to provide this education in their homes or in private schools or in schools recognised or established by the State.” <http://www.homeschool-ireland.com/law-article42.php> (Consultado el 1 de mayo de 2011).

⁵³ Cfr. C. KOONS, “Education on the home front: Home education in the European Union and the need for unified European policy”, en *Independent International & Comparative Law Review* 20 (2010), pp. 150 a 153.

⁵⁴ Vid. A.M. REDONDO, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y “homeschooling”*, Valencia, 2003, pp. 138-140.

En el Reino Unido el *homeschooling*, que recibe el nombre de *education otherwise* o *home education*⁵⁵, goza de una larga e interrumpida tradición, y son muchos los británicos de renombre mundial que se han educado, al menos durante un tiempo, en casa⁵⁶. La progresiva consideración de la educación universal y gratuita como un derecho democrático y como una tarea que ha de ser principalmente asumida por el Estado, así como los avances en el campo de la psicología infantil y la creciente tendencia a considerar la escolarización como un elemento importante del bienestar de los menores de edad, no han impedido sin embargo que, en la actualidad, la educación en casa continúe siendo legal tanto en Inglaterra y Gales como en Irlanda del Norte y Escocia, si bien en esta última presenta ciertas particularidades⁵⁷. En el Reino Unido, donde se estima que entre 45.000 y 165.000 niños son instruidos fuera del sistema reglado de enseñanza⁵⁸, la educación es obligatoria y la escolarización opcional⁵⁹.

Sin embargo, la educación en casa también ha planteado dudas tanto a las autoridades educativas como a los tribunales de justicia, particularmente en Inglaterra⁶⁰. La expresión *education otherwise*, entendida como una educación proporcionada fuera del entorno escolar, aparece por primera vez en la legislación inglesa en la Ley de Educación (*Education Act*) de 1944, si bien sus orígenes se remontan a la Ley de Educación Básica (*Elementary Education Act*) de 1870⁶¹. Claramente dirigida a lograr la generalización de la escolarización de los niños de familias obreras, la ley de 1870 permitía sin embargo eludir la obligación de enviar a sus hijos al colegio a aquellas

⁵⁵ Vid. I. BRIONES MARTÍNEZ, “¿La escuela en...?”, cit. en nota 4, pp. 4 y 5.

⁵⁶ Entre ellos John Stuart Mill y la propia Agatha Christie. Vid. <http://www.home-schooling-uk.com/> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

⁵⁷ En Escocia, la *Education (Scotland) Act* de 1980 establece que los padres de un niño previamente escolarizado sólo podrán optar por sacarlo del colegio y educarlo en casa previa autorización de las autoridades educativas locales (LEA). Así, el artículo 35 (1) dispone que “[w]here a child of school age who has attended a public school on one or more occasions fails without reasonable excuse to attend regularly at the said school, then, unless the education authority have consented to the withdrawal of the child from school (which consent shall not be unreasonably withheld), his parent shall be guilty of an offence against this section.”

⁵⁸ Vid. C. KOONS, “Education on the home front...”, cit. en nota 53, p. 153.

⁵⁹ Este es precisamente el *motto* o eslogan de la principal asociación pro educación en casa del Reino Unido: <http://www.education-otherwise.net/> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

⁶⁰ Cfr. A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, pp. 153 a 156.

⁶¹ Cfr. D. MONK, “Problematizing home education: challenging “parental rights” and “socialization””, en *Legal Studies* 24 (2004), pp. 573 y ss.

familias que pudiesen proporcionarles una “educación eficiente de algún otro modo”⁶², favoreciendo así que la formación de los niños de clase media y alta pudiese continuar llevándose a cabo fuera del sistema escolar.

En la actualidad, el *home education* está permitido en Inglaterra y Gales en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Educación de 1996, que incorpora la ley de 1944 y posterior legislación de desarrollo. El artículo 7 de la ley de 1996 establece que todo padre de un niño en edad escolar habrá de ocuparse de que éste reciba una educación eficiente y a tiempo completo adecuada a su edad, habilidad y aptitudes, así como a cualesquiera necesidades educativas especiales que pueda tener, bien mediante su asistencia regular al colegio, bien “de otro modo” (*otherwise*)⁶³. Este artículo impone a los padres una obligación de proveer a sus hijos con una educación adecuada, toda vez que les reconoce el derecho de poder cumplir con este deber fuera del sistema escolar, ya sea mediante la educación en casa, ya sea por medio de otras alternativas educacionales⁶⁴. Los padres pueden optar por no escolarizar a sus hijos desde el primer momento sin necesidad de comunicar a ningún colegio o autoridad pública su decisión, o pueden decidirlo una vez el menor ya está escolarizado, en cuyo caso simplemente habrán de notificárselo al colegio en el que su hijo estuviese matriculado (*de-registration*)⁶⁵. Dado que para la Ley de 1996 lo esencial es que el niño reciba una educación adecuada⁶⁶, ésta faculta a las autoridades educativas locales (*local*

⁶² *Elementary Education Act 1870*, artículo 74.1: “That a child is under efficient instruction in some other manner.”

⁶³ *Education Act 1996*, de 24 de Julio de 1996, artículo 7: “Duty of parents to secure education of children of compulsory school age: The parent of every child of compulsory school age shall cause him to receive efficient full-time education suitable (a) to his age, ability and aptitude, and (b) to any special educational needs he may have, either by regular attendance at school or otherwise.”

(Texto original disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/56/contents>. Consultado el 31 de mayo de 2011).

⁶⁴ *Vid.* D. MONK, “Problematizing...”, cit. en nota 61, p. 572.

⁶⁵ *Education (Pupil Registration) Regulations*, de 1 de septiembre de 1995, artículo 9: “Deletions from Admission Register: (1) The following are prescribed as the grounds on which the name of a pupil of compulsory school age shall be deleted from the admission register [...] (c) in a case not falling within sub-paragraph (a) of this paragraph, that he has ceased to attend the school and the proprietor has received written notification from the parent that the pupil is receiving education otherwise than at school.”

Esta regla general tiene una excepción prevista en el apartado (2) del mismo artículo 9, y se refiere a aquellos niños con necesidades educativas particulares inscritos en colegios especiales por mediación de las autoridades educativas, en cuyo caso será necesaria bien la autorización de dicha autoridad educativa bien, en su defecto, una resolución del Secretario de Estado.

⁶⁶ Así se establece igualmente en la guía para la educación en el hogar (*Elective Home Education: Guidelines for Local Authorities*), publicada en 2007 por el *Department for Children, School*

education authorities o LEA), a intervenir en aquellas situaciones de *home education* en las que existan sospechas de algún tipo de anomalía⁶⁷, si bien esta intervención se limita a una petición informal de información a la familia para que justifique que el menor está recibiendo una educación adecuada (*suitable education*).

Precisamente ha sido este escaso margen de intervención de las LEA, unido al temor de que en ciertas ocasiones una nominal *education otherwise* pudiese servir como pantalla para ocultar situaciones de abuso a menores e incluso de matrimonios forzados⁶⁸, lo que llevó al Secretario de Estado para Niños, Escuelas y Familias (*Secretary of State for Children, Schools and Families*) a encargar en 2009 un informe acerca de la actuación de las LEA en relación con el *home education*. El resultado de dicho encargo fue el controvertido Informe Badman (*Badman Review of elective home education*)⁶⁹, publicado el 16 de diciembre de 2009, que proponía una mayor intervención de las autoridades educativas en el control de la educación en casa mediante la implementación de una serie de medidas como el registro obligatorio de niños educados en el hogar o la atribución a las LEA de potestad para entrevistar a los propios menores con el fin de determinar si estaban recibiendo una educación adecuada, llegando a poder incluso prohibir el *home education* en aquellos casos en que existiesen temores acerca del bienestar de los niños.⁷⁰ La reacción sin precedentes⁷¹ tanto al contenido del informe como a la pretensión del gobierno de incluir en la entonces en

and Families. Disponibles en <http://media.education.gov.uk/assets/files/pdf/e/guidelines%20for%20las%20on%20elective%20home%20education.pdf> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

⁶⁷ *Education Act 1996*, de 24 de Julio de 1996, artículo 437.1: “School attendance orders.

If it appears to a local education authority that a child of compulsory school ages in their area is not receiving suitable education, either by regular attendance to school or otherwise, they shall serve a notice in writing on the parent requiring him to satisfy them within the period specified in the notice that the child is receiving such education.”

⁶⁸ Vid. http://www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/education/article5549380.ece (Consultado el 1 de junio de 2001).

⁶⁹ Las asociaciones de *home educators* se movilizaron inmediatamente en contra de las propuestas contenidas en el Informe Badman. Vid. a modo de ejemplo <http://www.homeschooler.org.uk/start-here> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

⁷⁰ Vid. la página oficial del Parlamento <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200809/cmhansrd/cm090611/wmstext/90611m0001.htm> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

⁷¹ Nunca hasta la fecha se había registrado un número tan alto de peticiones individuales presentadas por Miembros del Parlamento en relación con un asunto, y así lo reflejó la prensa del país: <http://www.guardian.co.uk/uk/feedarticle/8848133> (Consultado el 31 de mayo de 2011).

ciernes Ley de Niños, Escuelas y Familias (*Children Schools and Families Bill*) algunas de las propuestas del mismo, en especial el registro anual de niños educados en el hogar y la ampliación de las funciones de supervisión de las LEA, llevaron al gobierno a finalmente renunciar al proyecto.

2.2.2 Francia

El recientemente fallido intento de Inglaterra de aumentar el control de la educación en casa por parte de los poderes públicos sí prosperó sin embargo en Francia a finales de la década de los 90 del siglo pasado. La proliferación en nuestro vecino del norte de ciertos grupos y sectas que, al amparo de una legislación que establecía escasos mecanismos de supervisión de la educación que se llevaba a cabo fuera de la escuela oficial, se dedicaban a formar a menores de edad, encendió las luces de alarma tanto en la sociedad como en el legislador galo⁷². El 18 de diciembre de 1998, con la promulgación de una ley dirigida precisamente a reforzar el control de la obligación escolar⁷³, se inició un cambio legislativo que ha hecho que, en la actualidad, y tras las últimas reformas legales operadas en 2007⁷⁴, la *instruction en famille* o *à domicile*, como se denomina la educación en el hogar en Francia, esté sometida a un control riguroso por parte de los poderes públicos, tanto en lo que se refiere a la supervisión de las condiciones en las que se lleva a cabo, como al contenido curricular concreto de las enseñanzas impartidas.

La ley de educación francesa (*Code de l'éducation*) establece la obligatoriedad de la instrucción para ambos sexos entre los seis y los 16 años⁷⁵, y aunque declara que la instrucción obligatoria se garantiza prioritariamente en las escuelas, admite igualmente tanto la educación a distancia como la educación en casa llevada a cabo bien

⁷² Cfr. A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, pp. 150 a 152; y I. BRIONES MARTÍNEZ, “¿La escuela en...?”, cit. en nota 4, pp. 13 y 14.

⁷³ *Loi n°98-1165 du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire.*

⁷⁴ *Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007.*

⁷⁵ El artículo L131-1 del *Code de L'éducation* francés establece: “L’instruction est obligatoire pour les enfants des deux sexes, français et étrangers, entre six ans et seize ans.” El texto del *Code* está disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071191&dateTexte=20110609> (Consultado el 3 de junio de 2011).

por los dos progenitores, bien por uno de ellos o incluso por un tercero de su elección⁷⁶. Las familias que desean educar a sus hijos en casa pueden optar por inscribirlos en un colegio público o privado, o por realizar una declaración anual de *instruction en famille* ante la autoridad civil y educativa competente. En caso de cambio de domicilio o de tipo de educación, la declaración habrá de realizarse dentro de los ocho días siguientes a dicho cambio⁷⁷. En cuanto a la educación en sí, el contenido curricular de la enseñanza se determina por decreto⁷⁸ y las familias que educan en casa son sometidas a una serie de controles periódicos. Así, con una periodicidad bianual, son objeto de una investigación social del ayuntamiento correspondiente con el fin de determinar los motivos por los que se ha optado por esta forma de instrucción, y para verificar que los niños estén recibiendo una formación adecuada atendiendo a su estado de salud y a las propias condiciones de vida de la familia. También, pero con una periodicidad mínima anual, las autoridades educativas hacen, *in situ*, una verificación de tipo pedagógico para asegurarse de que la educación que reciben los niños está limitada a los menores de una sola familia⁷⁹ y que se ajusta a los fines de la educación prescritos en el propio *Code*⁸⁰.

⁷⁶ *Ibid.*, artículo L131-1-1: “Le droit de l'enfant à l'instruction a pour objet de lui garantir, d'une part, l'acquisition des instruments fondamentaux du savoir, des connaissances de base, des éléments de la culture générale et, selon les choix, de la formation professionnelle et technique et, d'autre part, l'éducation lui permettant de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle et d'exercer sa citoyenneté. Cette instruction obligatoire est assurée prioritairement dans les établissements d'enseignement.”; Artículo L131-2: “L'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix. Un service public de l'enseignement à distance est organisé notamment pour assurer l'instruction des enfants qui ne peuvent être scolarisés dans une école ou dans un établissement scolaire.”

⁷⁷ *Ibid.*, artículo L131-5: “Les personnes responsables d'un enfant soumis à l'obligation scolaire définie à l'article L. 131-1 doivent le faire inscrire dans un établissement d'enseignement public ou privé, ou bien déclarer au maire et à l'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale, qu'elles lui feront donner l'instruction dans la famille. Dans ce cas, il est exigé une déclaration annuelle. Les mêmes formalités doivent être accomplies dans les huit jours qui suivent tout changement de résidence ou de choix d'instruction.”

⁷⁸ En la actualidad se rige por el *Décret n° 2009-259 du 5 mars 2009 relatif au contrôle du contenu des connaissances requis des enfants instruits dans la famille ou dans les établissements d'enseignement privés hors contrat*, disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=86CF09E02904587B7D27495358FA5D85.tpdjo10v_2?cidTexte=JORFTEXT000020352741&categorieLien=id (Consultado el 3 de junio de 2011).

⁷⁹ Artículo L131-10 del *Code de L'éducation* francés.

⁸⁰ *Vid. supra* nota 76, artículo L-131-1-1 inciso primero.

En definitiva, y pese a que subsisten en algunos sectores de la sociedad francesa las habituales dudas en relación con ciertos aspectos de la educación no reglada, la sospecha de una casi necesaria relación entre la educación en familia y las sectas parece estar disminuyendo gracias a la actividad de supervisión social y pedagógica prevista en la ley de educación y a la actuación de la *Mission interministérielle de vigilance et lutte contre les dérives sectaires* (MIVILUDES)⁸¹, que en sus últimos informes de 2006 y 2009 ha puesto de manifiesto cómo la decisión de una familia de educar a sus hijos fuera del sistema reglado público o privado no es sino manifestación del ejercicio de una libertad que no debe ser, *a priori*, sospechosa de ocultar una deriva sectaria.

3. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y DERECHOS EDUCATIVOS: LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

3.1. Las causas y las características del debate sobre el *homeschooling*

En los últimos años, el *homeschooling* ha pasado de ser un fenómeno desconocido en nuestro país a acaparar la creciente atención de educadores, sociólogos, juristas y medios de comunicación⁸². Las diversas reacciones a la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010⁸³ y a su controvertido fallo, que analizaré más detenidamente en el apartado 4.1.2 de este trabajo, han contribuido a

⁸¹ En su último informe de 2009 al Presidente de la República (publicado el 7 de abril de 2010), la MIVILUDES señala cómo “le choix de l’instruction à domicile n’est en rien synonyme de dérive sectaire et est garanti par la loi. [...] Il doit être à cet égard rappelé que la solution retenue pour ces enfants par leurs familles correspond elle-même à l’exercice d’une liberté et ne doit pas être suspectée par principe, et s’il convient donc d’écarter tout amalgame entre instruction à domicile et risque de dérives sectaires, il faut cependant être conscient que la volonté de ne pas scolariser un enfant dans des structures publiques ou privées sous contrat peut, en des rares cas, ne pas résulter des considérations liées au bien-être [...] de l’enfant.” El informe está disponible en http://www.miviludes.gouv.fr/IMG/pdf/rapport2009_mise_en_ligne.pdf (Consultado el 3 de junio de 2011). Las páginas citadas son la 127 y la 250.

⁸² Junto con una incipiente bibliografía sobre el tema, citada a lo largo del trabajo, se constata una creciente aparición de artículos en prensa sobre la educación en casa. *Vid.* en Internet, a modo de ejemplo: (<http://www.todopapas.com/ninos/educacion/homeschooling-la-educacion-en-casa-1470>; <http://www.bebesymas.com/educacion-infantil/homeschooling-en-espana>; http://www.madrimasd.org/blogs/pensamiento_pedagogico_radical/2008/04/27/90182; http://educarencasa.hazteoir.org/?page_id=3; y <http://www.liberalismo.org/articulo/314/46/homeschooling/>). Además, en octubre de 2010 se celebró en Valencia el “I Congreso Nacional Sobre Educación en Familia. *Homeschooling*”, y está previsto que se celebre una segunda edición los días 25 y 26 del próximo mes de noviembre en la Universidad de Navarra <http://homeschoolingspain.blogspot.com/2011/04/i-congreso-homeschooling-espana.html>. (Sitios de Internet consultados el 1 de junio de 2011).

⁸³ STC 133/2010, de 2 de diciembre [RTC 2010/133].

poner de manifiesto la cada vez mayor, aunque aún ciertamente incipiente, preocupación que existe en España en relación con la educación de los hijos en el hogar.

En gran medida, la presencia en España de familias que educan a sus hijos en casa, y que además reclaman activamente su derecho a hacerlo⁸⁴, se enmarca dentro de un fenómeno más amplio de generalizada y creciente desconfianza hacia el sistema educativo de nuestro país. Frecuentemente, esta desconfianza hunde sus raíces en la propia regulación constitucional de la educación y en el posterior contexto político en que se ha desarrollado la legislación en materia de enseñanza⁸⁵. Es casi una obviedad poner de manifiesto cómo en España, desde 1978, la educación ha sido el constante campo de batalla donde los partidos políticos que se han sucedido en el poder han ido librando sus batallas ideológicas, lo cual no sólo ha contribuido o a su politización, sino que también ha propiciado una sucesión casi inagotable de normas y reformas⁸⁶ que, a juicio de muchos, no han favorecido necesariamente la calidad y consolidación del sistema⁸⁷.

El espíritu de consenso que presidió la elaboración de la Constitución de 1978 permitió una redacción de su artículo 27, dedicado a la educación, comprensiva de concepciones muy distintas de los derechos educativos⁸⁸. El posterior desarrollo en diversos textos legales de los derechos contenidos en este artículo de nuestra Norma Fundamental ha demostrado, no obstante, que contar con una norma marco lo suficientemente amplia como para que en la misma tengan cabida alternativas

⁸⁴ En España tienen especial presencia la Asociación de Libre Educación –ALE– (www.educacionlibre.org) y la asociación OLEA (www.asociacionolea.org).

⁸⁵ Cfr. A. J. MONTORO GÓMEZ, “El derecho a la educación en la democracia española (1978-2004)”, en *Educación y democracia. II encuentro sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, 2004, pp. 30 a 33.

⁸⁶ Sólo a nivel estatal, cabe destacar la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio reguladora del Estatuto de Centros Escolares; la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio reguladora del Derecho a la Educación; la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de Octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo; la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOECE); y la actualmente vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

⁸⁷ Aunque la realidad diaria escolar haya sido pacífica, como destacan J. OTADUY, “Neutralidad ideológica del Estado y del sistema educativo público”, p. 2. Esta ponencia, elaborada en el marco de la Jornada de Estudio sobre *Educación para la ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española el 17 de noviembre de 2006, está disponible la página web de de la propia Conferencia Episcopal: <http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/Dossier/ciudadania/JorgeOtaduy.pdf> (Consultado el 14 de abril de 2011); y A. J. MONTORO GÓMEZ, “El derecho...”, cit. en nota 85, p. 30.

⁸⁸ *Vid. infra* apartado 4.1.1.

educativas muy dispares no ha servido para dar estabilidad al sistema, sino más bien para todo lo contrario. La ambigüedad del texto constitucional, como se ha señalado, se ha convertido en un “cheque en blanco” que deja en manos de mayorías parlamentarias la fijación del modelo educativo vigente en cada momento, lo cual ha derivado en una presencia constante de los temas relativos a la educación en el debate público⁸⁹.

Esta profusión normativa, unida a una importante carencia de recursos materiales para implementar las políticas educativas, ha contribuido al progresivo debilitamiento del sistema escolar español, debilitamiento se manifiesta en la obtención de unos resultados académicos que están muy lejos de las pretensiones del legislador y de la propia sociedad, en conflictos derivados de la indisciplina y la desmotivación del alumnado y en una profunda crisis de identidad del propio profesorado⁹⁰. En efecto, los elevados índices de fracaso escolar en España, que según las últimas cifras alcanza ya al 30% de los alumnos en edad de escolarización obligatoria⁹¹, la creciente ideologización de las materias previstas en el programa educativo, fenómenos como el acoso escolar, la dificultad que encuentran los padres de niños con necesidades educativas especiales para dar una respuesta adecuada a los concretos problemas de sus hijos o el aumento de una población inmigrante que no acepta el sistema educativo español⁹² son sólo algunas de las causas que están llevando a un cada vez mayor número de padres a rechazar el modelo de escolarización obligatoria establecido por el Estado. Y es precisamente en este contexto de aparente agotamiento del sistema educativo tradicional español⁹³ en el

⁸⁹ Vid. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y a la enseñanza*, Madrid, 2004, p. 125.

⁹⁰ Cfr. C. PÉREZ TESTOR, “La familia y el aprendizaje por la experiencia”, en *Educación y familia: la educación familiar en un mundo en cambio*, (coord. I. M^a ÁLVAREZ VÉLEZ Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO), Madrid, 2006, pp. 109 y ss.

⁹¹ Vid. A. EMBID IRUJO, “El derecho a la educación en la democracia española (1978-2004)”, en *Educación y democracia...*, cit. en nota 85, p. 44. Así lo pone de manifiesto el informe PISA (*Programme for International Student Assessment*) de 2009. Los resultados del informe están disponibles en la página web http://www.oecd.org/document/61/0,3746,en_32252351_32235731_46567613_1_1_1_1,00.html (Consultada el 29 de mayo de 2011). En el mismo volumen colectivo, analiza los resultados de informes PISA anteriores, J. L. GARCÍA GARRIDO, “Diferencias fundamentales en los sistemas educativos europeos”, pp. 61 a 64.

⁹² Desarrolla más ampliamente este elenco de razones de la elección del sistema de *homeschooling* I. BRIONES MARTÍNEZ, “¿La escuela en...?”, cit. en nota 4, pp. 2 a 4.

⁹³ Es especialmente reveladora la experiencia narrada en primera persona de la profesora Alemán Monterreal, Titular de Derecho Romano en la Universidad de Almería, quien señala cómo “[s]egún mi experiencia, el resultado [...] es una incultura generalizada, una degradación de la enseñanza y del saber que se percibe con suma nitidez en el alumnado de primero de la licenciatura de derecho. El alumno inicia sus estudios universitarios sin ningún conocimiento de lengua, geografía, historia, ..., de todas esas cosas que debiera conocer, cada día están peor preparados, hasta el punto de que muchos de ellos son

que el *homeschooling* se presenta como alternativa para aquellos padres que, siguiendo la estela de otros países occidentales, recelan de dejar la educación de sus hijos en manos del Estado y reclaman su derecho a asumirla directamente.

Antes de abordar el análisis de la situación jurídica actual del *homeschooling* en España, entiendo sin embargo que es precisa una aclaratoria indagación previa en el panorama internacional de los derechos educativos que nos permita centrar los términos de este debate. Detengámonos en primer lugar en el concepto del derecho a la educación y en el modo como éste ha sido reconocido y desarrollado en los principales documentos internacionales sobre derechos humanos.

3.2 El derecho a la educación y los derechos educativos

El ser humano nace necesitado de educación. Es cierto que sus capacidades le vienen dadas con su naturaleza, pero para desarrollarlas precisa ser educado. La capacidad del ser humano no sólo de aprender, sino de transmitir ese bagaje de conocimientos a las generaciones futuras, es precisamente lo que hace que la educación pueda y deba ser considerada como un arte que, desde la capacidad de ser libre ínsita a la persona, se orienta al desarrollo pleno de la potencialidad humana y a la ordenación de la sociedad⁹⁴. Como en su día indicaba el *Informe Delors*⁹⁵, “la educación tiene la misión de permitir a todos sin excepción hacer fructificar todos sus talentos y todas sus capacidades de creación, lo que implica que cada uno pueda responsabilizarse de sí mismo y realizar su proyecto personal. Esta finalidad va más allá de todas las demás. Su realización, larga y difícil, será una contribución esencial a la búsqueda de un mundo más vivible y más justo.”

sencillamente analfabetos funcionales. El alumno no ha conseguido saber leer ni escribir, se encuentra con serios problemas de comprensión lectora, de redacción, de síntesis, de conceptos, de interconexión, etc.” A. ALEMÁN MONTERREAL, “Una crítica al sistema educativo español: de la enseñanza secundaria obligatoria al primer curso de la licenciatura de derecho”, en *Derecho y educación*, (eds. P. MENA ENCISO, F. PÉREZ FERRER, R. HERRERA DE LAS HERAS Y P. MARTÍNEZ RUANO), Almería, 2010, p. 56. *Vid.* también M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 13.

⁹⁴ J. FERRER ORTIZ “Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural”, en *RGDCDEE* 10 (2006), p. 1.

⁹⁵ Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, presidida por Jaques DELORS, *La educación encierra un tesoro*, p. 12. disponible compendiado en http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS_S.PDF (Consultado el 1 de junio de 2011).

La educación tiene por lo tanto una doble vertiente: de un lado una proyección interna directamente vinculada con la libertad del ser humano y dirigida al más amplio desarrollo de su carácter y su personalidad⁹⁶; y de otro, una proyección externa como elemento primordial de instrucción y socialización⁹⁷ orientado a la transmisión no sólo de conocimientos sino también de valores socialmente relevantes⁹⁸. Sin embargo, desde la perspectiva de los distintos Estados, el desarrollo del componente individual y del componente socializador de la educación no ha estado equilibrado hasta bien entrado el siglo XX.

La percepción de la instrucción de los ciudadanos como un medio para el logro del pleno desarrollo de su personalidad ha modificado sustancialmente el contenido del derecho a la educación que, si bien puede seguir siendo considerado como un derecho público de prestación exigible frente al Estado⁹⁹ (que, por estar destinado a lograr una igualdad más real y efectiva entre los ciudadanos, exige que los poderes públicos se comprometan a prestar, al menos, la enseñanza básica gratuita¹⁰⁰), hoy es también un derecho de libertad de acceso a la educación. Así lo ha entendido en nuestro país el propio Tribunal Constitucional, quien en su sentencia de 19 de julio de 1985¹⁰¹ señaló cómo: “El derecho de todos a la educación, [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este artículo 27 de la norma fundamental.”

⁹⁶ Vid. J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, “Objeciones...”, cit. en nota 5, pp. 12 y 13.

⁹⁷ Cfr. L. M^a DíEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, 3ª ed., Navarra, 2008, p. 494.

⁹⁸ Vid. M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 11.

⁹⁹ Vid. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza al derecho de educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, 1998, p. 33; Díaz Revorio indica cómo, en sentido estricto, en España el contenido esencial del derecho a la educación es el “acceso a las enseñanzas regladas que integran el sistema educativo, y la permanencia en los centros de enseñanza si se cumplen ciertos requisitos.” F. J. DIAZ REVORIO, “El derecho a la educación”, en *Parlamento y Constitución. Anuario* (2) 1998, p. 281. Disponible en http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=ANUALIDAD&revista_busqueda=1630&clave_busqueda=1998 (Consultado el 29 de mayo de 2011).

¹⁰⁰ Vid. P. BIGLINO CAMPOS, en el prólogo a A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 16.

¹⁰¹ STC 86/1985, de 10 de julio, F.J. 3º, [RTC 1985/527].

Así pues, el derecho a la educación incorpora en la actualidad elementos propios de un derecho de libertad como es la libertad de enseñanza —el reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación acorde con su conciencia y convicciones, la libertad de creación de centros docentes y la libertad de cátedra —, que no hacen sino poner de manifiesto la “tensión entre igualdad y libertad propia del Estado social”¹⁰². Además, tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza están en estrecha conexión con el derecho de libertad de pensamiento, de religión y de conciencia¹⁰³.

Si a las tensiones mencionadas en el párrafo anterior le unimos la realidad antropológica de que, sin perjuicio de que el ser humano pueda aprender a lo largo de toda la vida, hay dos etapas decisivas para el desarrollo de esa proyección individual o interna de la educación que es la formación del carácter y de la personalidad —la infancia y la adolescencia—¹⁰⁴, es también necesario tomar en consideración las implicaciones de que uno de los sujetos primordiales del derecho de educación sea, precisamente, el menor de edad. En este sentido, aprecia acertadamente López-Muñiz que “para el jurista la educación aparece hoy, ante todo y crecientemente, como trascendental objeto de derechos fundamentales y libertades públicas, así como de los consiguientes deberes públicos, y fruto por lo tanto de complejas situaciones y relaciones jurídicas que afectan a una pluralidad de sujetos”¹⁰⁵. Estos sujetos son los propios menores, como titulares del derecho a la educación y a la libertad religiosa y de conciencia; los padres, como receptores del derecho-deber de educar a sus hijos menores y procurarles una formación integral y como titulares del derecho fundamental

¹⁰² Cfr. M^a C. VIDAL FUEYO, “Cuando el derecho a la libertad religiosa colisiona con el derecho a la educación”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario (2004), p. 302; Señala igualmente Araña cómo “la voz libertad de enseñanza evoca la confluencia de muy diversos conceptos, en los que se concentran pluralidad de derechos y libertades, con fundamento y naturaleza diversos [...]. En efecto, la doctrina científica usa el concepto de libertad de enseñanza con muy distintos significados, dando lugar a una ambigüedad terminológica que va desde las concepciones más amplias, que designan con ese término todo el conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación, hasta las más diversas concepciones unívocas.”, J.A. ARANA, “La libertad de enseñanza como derecho humano objeto del Derecho Eclesiástico y del Derecho Canónico”, en *ADEE* 23 (2007), p. 147.

¹⁰³ Cfr. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Navarra, 2007, p. 61.

¹⁰⁴ Vid. J. FERRER ORTIZ, “Los derechos...”, cit. en nota 94, p. 1.

¹⁰⁵ Vid. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas”, en *Los Derechos fundamentales...*, cit. en nota 11, p. 20.

a elegir el tipo de educación de éstos; y por último el Estado, como garante del mandato constitucional hacer efectivo el derecho a la educación de todo ciudadano¹⁰⁶.

3.3 Los derechos educativos en los textos internacionales de Derechos Humanos

Sin duda uno de los grandes logros del siglo XX ha sido el reconocimiento de la educación como uno de los derechos fundamentales del hombre, superando tendencias históricas anteriores que anteponían al individuo el interés del Estado por conformar una sociedad lo más homogénea posible y afín a un determinado modelo político. Si el siglo XVIII es el siglo educador por antonomasia¹⁰⁷, y el siglo XIX viene caracterizado por la tendencia a convertir la educación en competencia exclusiva del Estado¹⁰⁸, el siglo XX es el que alumbró, particularmente tras la Segunda Guerra Mundial, la percepción de la educación en su vertiente individual como óptimo mecanismo para el desarrollo de la persona, sin olvidar el interés del Estado de dotar a los ciudadanos de una enseñanza básica sobre unos valores democráticos y de respeto a los derechos fundamentales¹⁰⁹.

Probablemente sobre pocos derechos fundamentales exista un acuerdo tan unánime como el que hay acerca de la necesidad de reconocimiento del derecho a la educación y sobre algunos aspectos básicos de su contenido¹¹⁰. Además, el derecho a la educación es un derecho íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales¹¹¹,

¹⁰⁶ Cfr. L. RUANO ESPINA “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”, en *RGDCDEE* 19 (2009), pp. 3-9.

¹⁰⁷ Vid. J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, “Objeciones...”, cit. en nota 5, pp. 14 y 15.

¹⁰⁸ Cfr. V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación...”, cit. en nota 2, pp. 23 y ss.

¹⁰⁹ Un interesante repaso de los principales hitos históricos en la evolución de la educación occidental en A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, pp. 27 y ss.

¹¹⁰ Cfr. J. A. MUÑOZ-ARNAU, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Pamplona, 2010, p. 51.

¹¹¹ Así lo señaló el entonces Presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Leandro Despouy, en la sesión inaugural de la Conferencia Internacional Consultiva de este organismo que se celebró en Madrid en noviembre de 2001. Su intervención en *La libertad religiosa en la educación escolar* (coord. A. DE LA HERA Y R. M^a MÁRTINEZ DE CODES), Madrid, 2002, pp. 125-134. En este sentido se manifiesta igualmente la Observación General n^o 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/1994/10, que se inicia con la siguiente afirmación: “La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los

no en vano el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas lo ha calificado como el “derecho epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos”¹¹². Estas dos notas, tanto la unanimidad en el reconocimiento de su necesidad y de su contenido básico, como su conexión con otros derechos fundamentales, se deducen de la lectura de los artículos que en las declaraciones internacionales de derechos humanos se ocupan de los derechos educativos.

Debemos iniciar este repaso de los textos internacionales con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 10 de diciembre de 1948, que establece en su artículo 26:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico.”

¹¹² Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nº 11 E/C.12/1994/4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano internacional encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto de Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. El texto completo de la Observación está disponible en

<http://www.oacnudh.org.gt/documentos/publicaciones/KIT%20INSTRUMENTOS%20INTERNACIONALES/2%20DESC/2.5%20Observaciones%20Generales.pdf> (Consultado el 30 de abril de 2011).

Este texto apunta ya las notas esenciales de los principales derechos educativos recogidos por los modernos textos constitucionales, desde una concepción de los fines de la educación en su doble plano individual y colectivo: el derecho universal a la instrucción —incluida una enseñanza básica obligatoria y gratuita— sin que pueda haber discriminación de ningún tipo por razón de la educación; la responsabilidad del Estado de proporcionar tal instrucción; y el derecho preferente de los padres a escoger el modelo educativo de sus hijos. En relación con el derecho de los padres enunciado en el punto 3, se aprecia en la DUDH la clara intención de establecer un concepto amplio en cuanto al “tipo” de educación, que abarcaría tanto sistemas pedagógicos como sistemas educativos basados en una determinada concepción filosófica, ideológica o religiosa¹¹³.

El derecho a la educación es mencionado igualmente en los dos pactos de 16 de diciembre de 1966 de las Naciones Unidas. Los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹¹⁴ abordan esta

¹¹³ Vid. J. MANTECÓN SANCHO, “El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones”, Ponencia presentada en la Jornada de Estudio sobre *Educación para la Ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española el 17 de noviembre de 2006, p. 3. Disponible en la página oficial de la Conferencia Episcopal española: <http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/Dossier/ciudadania/padres.pdf> (Consultado el 14 de abril de 2011).

¹¹⁴ El artículo 13 del PIDESC establece que:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

cuestión desde la perspectiva del derecho a la educación y añaden al elenco del artículo 26 de la DUDH una importante libertad, la de creación y dirección de centros docentes. Por su parte, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹¹⁵ aborda la materia educativa bajo la óptica de la libertad de pensamiento, conciencia y religión en relación con el derecho de los padres a garantizar que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La lectura conjunta de estos preceptos pone de nuevo de manifiesto las dos vertientes —individual y social— que confluyen en materia de educación¹¹⁶ y la íntima relación que existe entre educación y conciencia.

Por último, antes de centrarme más concretamente en Europa, no puedo dejar de mencionar que la DUDH y los Pactos de 1966 no son los únicos textos elaborados en el seno de las Naciones Unidas que se ocupan de los derechos educativos. Conviene

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

Por su parte, el artículo 14 PIDESC señala que:

“Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.”

¹¹⁵ El artículo 18 del PIDCP establece que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

¹¹⁶ *Vid.* L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *ADEE* 24 (2008), p. 237.

también señalar aquí la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959¹¹⁷, la Convención sobre los Derechos del Niño de de 20 de noviembre de 1989¹¹⁸ y la Convención de la UNESCO de 15 de diciembre de 1960 contra la discriminación en la esfera de la enseñanza.

En el ámbito regional europeo, tal vez lo primero que merece la pena hacer notar es la ausencia de mención alguna a los derechos educativos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH)¹¹⁹. Sin embargo, y poniendo de manifiesto la inseparable relación que existe entre instrucción y libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 9.1 del CEDH sí incluyó una mención expresa a la enseñanza: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o

¹¹⁷ Declaración de los Derechos del Niño. Resolución 1386 (XIV de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Principio 7 “[e]l niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.”

¹¹⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25 de la Asamblea General.

Artículo 28.1: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; [...]”

Artículo 29: “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

¹¹⁹ Durante el proceso de elaboración del Convenio surgieron dificultades al no llegar los Estados negociadores a un acuerdo acerca de la redacción de un artículo dedicado al derecho a la educación, fundamentalmente por los problemas que planteaba la delimitación de las obligaciones que los Estados debían asumir en cuanto a su contenido. *Vid* J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *ADEE 2* (1986), p. 475; L. MILLÁN MORO, “El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Interculturalidad y educación en Europa* (ed. G. SUÁREZ PERTIERRA Y J. M^a CONTRERAS MAZARÍO), Valencia, 2005, p. 120.

sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, *de la enseñanza*¹²⁰, las prácticas y la observancia de los ritos.” Es más, como manifestación de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la enseñanza sólo puede ser objeto de aquellas restricciones que, según el apartado 2 del propio artículo 9 CEDH, “previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos de los demás.”

Los derechos educativos sí fueron sin embargo recogidos dos años después en el artículo 2 del Protocolo Adicional 1 (PA) al Convenio Europeo de Derechos Humanos, Protocolo que fue ratificado por España el 4 de noviembre de 1979. El artículo 2 del PA establece que:

“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

Es fácil apreciar cómo, pese a la amplitud de su redacción, el artículo 2 del PA simplifica sensiblemente el esquema del artículo 26 de la DUDH¹²¹, limitándose a reconocer, en sentido negativo, el derecho universal a la educación, así como el derecho de los padres a que el Estado respete que la educación y la enseñanza de sus hijos se realicen conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas¹²².

Este segundo inciso del artículo 2 PA presenta ciertas diferencias con el punto tercero del artículo 26 DUDH, que recordemos reconoce genéricamente el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

¹²⁰ La cursiva es mía.

¹²¹ Destaca Martín-Retortillo cómo el PA no menciona tampoco el derecho a una prestación positiva del Estado, omisión que hay que interpretar en clave histórica, habida cuenta de los desmanes en materia de educación que se habían cometido durante la época inmediatamente anterior del nacionalsocialismo; L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 236; También, en L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, pp. 16 y 17.

¹²² Cfr. F. CASTRO-RIAL GARRONE, “Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* 3 (1985), pp. 553 y 554.

En el caso del PA, se incide especialmente en que el derecho de los padres es un límite para la actuación del Estado en materia de educación, y es que precisamente la principal preocupación durante la preparación del artículo 2 PA fue la de redactarlo de tal manera que en ningún caso el Estado pudiese utilizar las instituciones docentes como mecanismo para el adoctrinamiento ideológico de los menores¹²³.

Además, la segunda cláusula del artículo 2 PA introduce una importante matización al desaparecer el término “preferente” al referirse al derecho de los padres de educar a sus hijos según sus propias convicciones. Esta matización “reconduce el derecho de los padres en cuanto a la educación que han de recibir sus hijos al ámbito de la libertad de conciencia”¹²⁴, y lo hace en el doble sentido apuntado por Martínez-Torrón: por un lado, la enseñanza, como manifestación del derecho reconocido en el artículo 9 CEDH, forma parte de ese “creer y actuar en conformidad con las propias creencias” que es el contenido del derecho a la libertad religiosa y de conciencia, ya se trate de creencias religiosas ya sean creencias “no religiosas que poseen una intensidad axiológica equiparable”¹²⁵; de otro, porque pese a que el niño es titular pleno del derecho a la libertad de conciencia, durante su minoría de edad corresponde a los padres, dentro de las competencias propias de la patria potestad, ejercer el derecho de libertad religiosa y de conciencia en su nombre¹²⁶.

También en Europa, aunque en fecha muy posterior, el derecho a la educación ha sido recogido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta), de 7 de diciembre de 2000, incorporada al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Es interesante constatar cómo la naturaleza esencialmente económica de la originaria Comunidad Económica Europea relegó inicialmente a un segundo plano la

¹²³ Vid. J. OTADUY, *Neutralidad ideológica...*, cit. en nota 87, p. 6.

¹²⁴ L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 236.

¹²⁵ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Zarauz, 2001, p. 145.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 153. También en A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia del menor desde una perspectiva constitucional*, Madrid, 2009, p. 35 y ss.; y M^a B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005, pp. 189 a 196. En relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad”, en *RCDCDEE 7* (2005), pp. 1 a 30.

cuestión de la educación, que sin embargo fue ganando progresivamente peso e importancia a medida que se consolidaba el proceso de integración política de la Unión¹²⁷. Si bien en un primer momento la preocupación en la Comunidad Europea por la educación surgió sobre todo en relación con la realización del pilar básico comunitario de la libre circulación de trabajadores y personas, los nuevos retos que se planteaban en materias como multiculturalismo, racismo, xenofobia, antisemitismo, e intolerancia han hecho que en la actualidad la educación sea percibida no sólo como un derecho fundamental, sino también como un mecanismo necesario para la convivencia y tolerancia de todos los europeos¹²⁸.

El artículo 14 de la Carta señala que:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.

2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.”

Los años transcurridos desde la promulgación de los anteriores instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, hasta la Carta de los Derechos

¹²⁷ Contrasta esta inicial despreocupación por la educación con la postura seguida por el Consejo de Europa, siempre atento a la educación. *Vid. Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas*, publicado por OSCE-ODIHR, Varsovia, 2008, pp. 28 y 29.

¹²⁸ Cfr. A. M^a VEGA GUTIÉRREZ, “Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares”, en *Opciones de Conciencia. Propuestas para una ley* (coord. M^a J. ROCA), Valencia, 2008, p. 333; J. M^a CONTRERAS MAZARÍO, “Derecho a la educación y educación intercultural en el marco de la Unión Europea”, en *Interculturalidad...*, cit. en nota 119, pp. 164 y 199. En este trabajo el autor realiza un pormenorizado repaso del tratamiento que el derecho a la educación ha recibido desde el Tratado de Roma hasta nuestros días en los principales textos comunitarios.

Fundamentales de la Unión Europea no han introducido, como puede apreciarse, grandes cambios en la formulación del derecho a la educación: se trata de un derecho predicable de toda persona; la enseñanza obligatoria ha de ser gratuita; y se reconoce la libertad de creación de centros docentes y la libertad de los padres de educar a sus hijos según sus convicciones.

Sin embargo, sí hay dos novedades significativas en el apartado 3 del artículo 14 de la Carta que es preciso señalar. En primer lugar, la Carta supedita tanto la libertad de creación de centros docentes como el derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos según sus convicciones a las “leyes nacionales que regulen su ejercicio” y a los “principios democráticos”. En segundo lugar, amplía expresamente y por primera vez las convicciones de los padres que han de ser garantizadas en la educación de sus hijos a las “pedagógicas”¹²⁹.

3.4. Derechos educativos y *homeschooling* en la jurisprudencia de Estrasburgo

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano encargado de manera exclusiva y específica de interpretar y aplicar el CEDH y sus Protocolos Adicionales, ha tenido que entrar a conocer en un cada vez más nutrido número de casos acerca del contenido material y del alcance de los derechos reconocidos en el artículo 2 PA, muy particularmente del derecho de los padres a que la educación y enseñanza de sus hijos se haga conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas¹³⁰.

¹²⁹ Señala Moreno Botella cómo el derecho de libre elección de los padres sobre la educación de sus hijos se ha ampliado al extenderse, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al respeto de las convicciones pedagógicas, concepto que, a falta de interpretación jurisprudencial “sin duda ha de entenderse en el sentido usual del término como modelo, sistema u organización metodológica en el que se basa la forma o el diseño de llevar a cabo la enseñanza y que libremente pueden elegir, las personas, grupos sociales e instituciones creadoras de otros centros docentes de los creados por el Estado”. G. MORENO BOTELLA, “Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro”, en *RGDCDEE* 20 (2009), p. 8; Valero Heredia va más allá y considera cómo “cabe anticipar, que dicha inclusión de las convicciones de índole pedagógico en el objeto material del derecho paterno parece dilatar el espectro de opciones en que el mismo puede concretizarse y abrir posibilidades nuevas y originales a añadir al modelo tradicional de escolarización en centros oficiales o reconocidos.” A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, p. 165. Se cuestiona esta interpretación L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 239.

¹³⁰ La sentencia más reciente tiene fecha de 18 de marzo de 2011, y resuelve el conocido caso de *Lautsi c. Italia*.

La inclusión en este trabajo de un apartado específico dedicado a la jurisprudencia del TEDH no es ornamental. No olvidemos que el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna obliga a tomar en consideración, a la hora de interpretar los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, tanto la DUDH como los tratados y acuerdos internacionales que hayan sido ratificados por España¹³¹, entre los que se incluyen el CEDH y sus Protocolos Adicionales¹³².

Puesto que la finalidad última del presente trabajo es la de valorar la posibilidad y conveniencia de un determinado tratamiento legal y jurisprudencial de la educación en el hogar en España, no voy a detenerme en un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los aspectos del artículo 2 PA que han sido estudiados por el TEDH¹³³. Al igual que al indagar más adelante acerca de la configuración en España de los derechos educativos me limitaré a analizar aquellos directamente implicados en el *homeschooling*¹³⁴, en este momento voy a orientar el estudio de la jurisprudencia del TEDH en materia de educación hacia las implicaciones que las decisiones del Tribunal tienen para los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la educación en casa. Para ello, mi atención se centrará en un seleccionado grupo de sentencias que, entiendo, resumen las líneas maestras del Tribunal en relación con el contenido de los derechos a la instrucción y al respeto por el Estado de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

Junto con las decisiones de inadmisibilidad de los casos *Leuffen c. Alemania* y *Konrad y otros c. Alemania*, que por resolver directamente dos supuestos de negativa genérica de unos padres a la escolarización de sus hijos han de ser objeto ineludible de análisis en estas páginas, en el presente epígrafe se pretende desentrañar la posición del

¹³¹ Vid. R. SÁNCHEZ-FERRIZ Y C. ELÍAS MÉNDEZ, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, 2002, p. 206. Precisamente así ha ocurrido en la reciente STC 133/2010, de 2 de diciembre [RTC 2010/133], sobre *homeschooling*, como tendremos ocasión de analizar con más detenimiento en el apartado 4.2.1 siguiente.

¹³² No perdamos de vista que el artículo 96.1 de la CE indica que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

¹³³ Para un examen más exhaustivo, vid. L. MILLÁN MORO, “El derecho a la educación...”, cit. en nota 119, pp. 130 y ss.

¹³⁴ Vid. apartado 4.1 de este trabajo.

Tribunal de Estrasburgo en relación con el artículo 2 PA por medio del análisis de las sentencias a los siguientes casos: *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica*, de 23 de julio de 1968; *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976; *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982; *Costello-Roberts c. el Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993; *Efstratiou y Valsamis c. Grecia*, ambas de 18 de diciembre de 1996; *Hasan Zengin y Eylen Zengin c. Turquía*, de 6 de junio de 2006; y finalmente *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007.

3.4.1 El derecho a la instrucción y los derechos de los padres en la doctrina del TEDH

El temprano *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* —es de 1968 y la sentencia es la sexta en el repertorio del TEDH—, resolvió una reclamación dirigida contra el Estado belga por una serie de familias francófonas que vivían en territorios considerados de lengua neerlandesa, acerca de si ciertas disposiciones en materia de educación de la legislación lingüística contravenían los derechos formulados en los artículos 8 y 14 CEDH y 2 PA¹³⁵.

En relación con el artículo 2 PA, la primera afirmación que hace el Tribunal en su sentencia es que, a pesar de su formulación negativa, la primera cláusula del artículo utiliza el término “derecho”, en concreto “derecho a la instrucción”, por lo que no puede caber duda alguna de que “el artículo 2 PA consagra un derecho.”¹³⁶

En cuanto al contenido del derecho a la instrucción, el Tribunal hace las siguientes precisiones:

- El artículo 2 del PA garantiza un derecho universal a la instrucción¹³⁷;

¹³⁵ Sentencia *Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica c. Bélgica*, de 23 de julio de 1968.

¹³⁶ *Ibid.*, Fondo, I, B.3. “Malgré sa formulation négative [...] [q]’un droit soit consacré par l’article 2 (P1-2) ne fait donc aucun doute.”

¹³⁷ *Ibid.*, “[p]uisque « droit » il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l’article 1er de la Convention, a toute personne relevant de la juridiction d’un Etat contractant”.

- El Estado tiene una obligación positiva de proteger el derecho a la instrucción, obligación que sin embargo no se traduce en un deber de organizar el sistema de enseñanza según una forma concreta, sino simplemente en garantizar el acceso universal a los medios de educación existentes en un país en un momento determinado¹³⁸. Estos medios pueden variar en el tiempo y el espacio en función de las necesidades y los recursos de la comunidad y de los individuos, sin que la regulación por el Estado del sistema educativo en ningún caso pueda atentar contra la esencia del derecho a la instrucción ni vulnerar otros derechos consagrados en el CEDH¹³⁹;

- El titular del derecho a la educación debe poder beneficiarse de la instrucción mediante el reconocimiento oficial de los estudios completados según las normas concretas vigentes en cada Estado¹⁴⁰.

Casi diez años después de la sentencia del *Caso lingüístico Belga*, el Tribunal profundizó en las líneas básicas jurisprudenciales que han marcado hasta hoy, siquiera con ciertas matizaciones, la interpretación que éste ha hecho del artículo 2 del PA¹⁴¹. En el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*¹⁴², tres matrimonios con hijos en edad escolar que asistían a escuelas públicas se oponían a que éstos recibiesen la educación sexual integrada prevista por la legislación danesa. En la sentencia, que falló a favor del Estado demandado, el TEDH comienza aclarando cómo debe ser interpretado el artículo 2 PA, tanto en relación con el resto de los derechos recogidos en

¹³⁸ *Ibid.*, “[i] ne pouvait et il ne peut donc être question d’obliger chaque État à créer un tel système, mais uniquement de garantir aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens existant à un moment donné.”

¹³⁹ *Ibid.*, “[l]e droit à l’instruction, garanti par la première phrase de l’article 2 du Protocole (P1-2), appelle de par sa nature même une réglementation par l’État, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l’espace en fonction des besoins et des ressources de la communauté et des individus. Il va de soi qu’une telle réglementation ne doit jamais entraîner d’atteinte à la substance de ce droit, ni heurter à d’autres droits consacrés par la Convention.”

¹⁴⁰ *Ibid.*, Fondo, I, B.4. “[p]our que le « droit à l’instruction » produise des effets utiles, il faut encore, notamment, que l’individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l’enseignement suivi, c’est-à-dire le droit d’obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque État et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies.”

¹⁴¹ Cfr. M^a J. GUTIÉRREZ DEL MORAL Y M. A. CAÑIVANO SALVADOR, *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, 2003, pp. 109 a 111.

¹⁴² Sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

el CEDH como en lo que se refiere la relación que existe entre las dos cláusulas o frases del mismo. Así, comienza indicando cómo las disposiciones del CEDH y de sus Protocolos deben ser leídas como un todo, por lo que el artículo 2 PA ha de ser interpretado en conexión con los artículos 8, 9 y 10 del CEDH que proclaman el derecho a la vida personal y familiar, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a recibir e impartir información e ideas¹⁴³. Por lo que respecta a las dos cláusulas del artículo 2 PA, dedicadas respectivamente al derecho a la instrucción y al derecho de los padres sobre la educación religiosa o ideológica de sus hijos, el Tribunal señala que deben ser interpretadas de manera conjunta teniendo en cuenta que la primera prevalece sobre la segunda. En efecto, la primera frase reconoce el derecho universal a la educación, derecho del que se deriva el de los padres a que sean respetadas por el Estado sus convicciones religiosas y filosóficas¹⁴⁴. Aclarados los parámetros para la interpretación sistemática del artículo 2 PA, el TEDH retomó la argumentación de 1968 del *Caso lingüístico belga* en cuanto al derecho a la educación, al señalar que el compromiso asumido por los Estados miembros de no negar el derecho a la instrucción implica su obligación de garantizar, en el ámbito de su jurisdicción, un derecho de acceso a las instituciones educativas existentes en un momento determinado¹⁴⁵, sin que ni la primera ni la segunda cláusula del artículo establezcan diferencia alguna entre educación pública o privada en cuanto al derecho de los padres a que sean respetadas sus convicciones religiosas y filosóficas¹⁴⁶.

Pero sin duda la aportación más importante de la sentencia *Kjeldsen* estriba en la restrictiva interpretación que el Tribunal hace del derecho reconocido por el artículo 2 PA a los padres de que el Estado, en el ejercicio de sus funciones en materia de educación, respete su derecho a que sus hijos reciban una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. El TEDH comienza reconociendo que el derecho previsto en la segunda cláusula del artículo 2 PA está directamente ligado con el deber

¹⁴³ *Ibid.*, § 52

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, § 52 “the Contracting States guarantee to anyone within their jurisdiction a right of access to educational institutions existing at a given time.”

¹⁴⁶ *Ibid.*, § 51 “[i]t is onto this fundamental right that is grafted the right of parents to respect for their religious and philosophical convictions, and the first sentence does not distinguish, anymore than the second, between State and private teaching.”

primordial de los progenitores de asegurar la instrucción sus hijos¹⁴⁷, derecho que ciertamente no se circunscribe a la formación religiosa. Por el contrario, el Estado debe respetar las convicciones paternas, sean religiosas o filosóficas, en la totalidad de su programa educativo¹⁴⁸. Sin embargo, el TEDH continúa afirmando que si bien la segunda cláusula del artículo 2 PA tiene como objetivo la salvaguardia del pluralismo en la educación, esencial para la preservación de la sociedad democrática tal y como la concibe el CEDH¹⁴⁹, el derecho de los padres a que el Estado respete sus convicciones religiosas y filosóficas en la educación de sus hijos no es un derecho absoluto. Por lo tanto, este derecho no ampara cualquier petición de los padres de sustraer a los menores, siquiera parcialmente, del sistema educativo establecido por cada Estado, sino únicamente aquellas que se justifiquen en un intento de adoctrinamiento por parte de los poderes públicos, con la consiguiente quiebra del principio de neutralidad que debe presidir su actuación¹⁵⁰.

Este último punto de la doctrina del TEDH es criticado, a nuestro entender con razón, por Martínez-Torrón, quien considera que contiene una concepción excesivamente restrictiva de los derechos de los padres y de cuáles son los deberes del Estado en supuestos de objeción de conciencia¹⁵¹. En este mismo sentido se orientó el

¹⁴⁷ *Ibid.*, § 52 “[i]t is in the discharge of a natural duty towards their children - parents being primarily responsible for the "education and teaching" of their children - that parents may require the State to respect their religious and philosophical convictions. Their right thus corresponds to a responsibility closely linked to the enjoyment and the exercise of the right to education.”

¹⁴⁸ *Ibid.*, § 51 “Article 2 (P1-2), which applies to each of the State’s functions in relation to education and to teaching, does not permit a distinction to be drawn between religious instruction and other subjects. It enjoins the State to respect parents’ convictions, be they religious or philosophical, throughout the entire State education programme.”

¹⁴⁹ *Ibid.* § 50 “[t]he second sentence of Article 2 (P1-2) aims in short at safeguarding the possibility of pluralism in education which possibility is essential for the preservation of the “democratic society” as conceived by the Convention”; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *RGDCDEE* 2 (2003), pp. 13 y 14.

¹⁵⁰ *Ibid.*, § 53 “[t]he second sentence of Article 2 (P1-2) implies on the other hand that the State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents’ religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded.”

¹⁵¹ *Vid.* J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, (ed. M. DOMINGO), Granada, 2008, p. 123. Participa de esta opinión L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 21. Martín-Retortillo considera sin embargo razonable el fallo. Es más, parece dar a entender que el ámbito propio de juego del derecho de los padres a determinar la enseñanza de los hijos está limitado a supuestos en que quienes controlan el Estado pretenden convertir la educación

voto particular a la propia sentencia formulado por el juez Verdross, al afirmar que el artículo 2 del PA no pone el límite de la actuación del Estado en la prohibición del adoctrinamiento en la actividad educativa estatal, sino que exige con carácter general que el Estado respete las convicciones de los padres, sin referencia alguna a la finalidad perseguida por la organización pública de la enseñanza¹⁵².

No puedo menos que mencionar que la sentencia *Kjeldsen* incluye, siquiera de pasada, una de las contadas menciones que en la jurisprudencia del TEDH aparecen en relación con el *homeschooling*. Una de las alegaciones del Estado danés era precisamente que en Dinamarca no existía obligación de que los padres enviaran a sus hijos a colegios públicos, al permitirles optar por instituciones privadas ampliamente subvencionadas por el Estado o incluso por educar a los niños en casa¹⁵³. Como ya he indicado con anterioridad, el Tribunal se limitó a señalar que el Estado debe garantizar el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres tanto en la educación pública como privada, evitando hacer mención o valoración alguna sobre la opción de la educación en casa argumentada por el gobierno de Dinamarca.

En *Campbell y Cosans c. el Reino Unido* el TEDH entró a conocer acerca de los castigos corporales a menores en los colegios británicos¹⁵⁴. En este caso, que el TEDH resolvió a favor de los demandantes, la principal novedad de la sentencia estriba en que la Corte se pronunció acerca del alcance interpretativo que ha de darse a las expresiones “respetar” y “convicciones religiosas y filosóficas de los padres” contenidas en el segundo inciso del artículo 2 PA. Esta delimitación se presentaba como especialmente relevante, dado que una interpretación demasiado amplia de estos términos haría prácticamente imposible cualquier enseñanza normalizada, mientras que una interpretación demasiado estricta dejaría sin efecto el derecho reconocido a los padres en cuanto a la educación religiosa y filosófica de sus hijos¹⁵⁵. El TEDH interpreta de

en un mecanismo de adoctrinamiento sectario. L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, pp. 235 y 255.

¹⁵² M^a J. ROCA, “Deberes de los poderes...”, cit. en nota 11, pp. 174 y 175.

¹⁵³ La propia Constitución danesa admite en su artículo 76 la opción de educar en casa. *Vid. supra* nota 52.

¹⁵⁴ Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.

¹⁵⁵ Cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 260.

manera amplia el verbo “respetar”, al indicar que no es sinónimo de “reconocer” o “tener en cuenta”, sino que implica un cierto grado de obligación positiva para el Estado¹⁵⁶. Por el contrario, siempre según Tribunal, el término “convicciones” debe ser interpretado de manera restrictiva. Las convicciones no son meras opiniones o ideas, sino creencias que denotan un cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia, mientras que el adjetivo “filosóficas” las cualifica en el sentido de que han de ser convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática, que no sean incompatibles con la dignidad humana y que no se opongan al derecho fundamental del niño a la instrucción¹⁵⁷. Desde esas premisas, el TEDH entiende que el rechazo al castigo corporal en las aulas responde a los requisitos necesarios para poder ser considerado como una convicción filosófica, dado que se refiere a un aspecto tan importante de la vida humana como es la integridad física, y no se trata de una mera opinión sobre métodos disciplinarios¹⁵⁸.

En la sentencia que resolvió el caso *Costello-Roberts c. el Reino Unido* el Tribunal vuelve a abordar la controvertida cuestión de los castigos físicos en los colegios británicos¹⁵⁹. Aunque en este caso no se alegaba violación alguna del artículo 2 PA, el TEDH sí tomó en consideración este precepto a la hora de determinar si el Estado demandado había incurrido en alguna responsabilidad frente al demandante. Interesa especialmente de esta sentencia la afirmación de la Corte de que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad por el hecho de delegar sus obligaciones en individuos o instituciones privadas, de modo que el derecho fundamental a la educación

¹⁵⁶ Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, § 37.

¹⁵⁷ Así lo destacan R. SÁNCHEZ-FERRIZ Y C. ELÍAS MÉNDEZ, *Nuevo reto...* cit. en nota 131, p. 217.

¹⁵⁸ Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido* § 36: “In its ordinary meaning the word “convictions”, taken on its own, is not synonymous with the words “opinions” and “ideas”, such as are utilised in Article 10 (art. 10) of the Convention, which guarantees freedom of expression; it is more akin to the term “beliefs” (in the French text: “convictions”) appearing in Article 9 (art. 9) - which guarantees freedom of thought, conscience and religion - and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance.” Finaliza afirmando que “[t]he applicants' views relate to a weighty and substantial aspect of human life and behaviour, namely the integrity of the person, the propriety or otherwise of the infliction of corporal punishment and the exclusion of the distress which the risk of such punishment entails. They are views which satisfy each of the various criteria listed above; it is this that distinguishes them from opinions that might be held on other methods of discipline or on discipline in general.”

¹⁵⁹ Sentencia *Costello-Roberts c. el Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993.

de los menores debe ser garantizado por igual a alumnos que cursen sus estudios en colegios públicos o privados¹⁶⁰.

La misma línea argumental seguida en *Campbell* y *Cosans* de que no toda opinión puede ser considerada convicción, será defendida también en las sentencias “gemelas”¹⁶¹ de los casos *Efstratiou y Valsamis contra Grecia*¹⁶², en las que el TEDH no consideró convicción religiosa la oposición de unos padres testigos de Jehová a la participación de sus hijas en un desfile conmemorativo de la fiesta nacional. El Tribunal de Estrasburgo afianza así su postura de no admitir cualquier reivindicación bajo el paraguas del término “convicciones”, limitando el alcance del derecho de los padres a ver respetadas por el Estado sus convicciones religiosas o filosóficas a cuestiones sustantivas relacionadas con la educación de sus hijos¹⁶³.

El Tribunal comienza en ambas sentencias recordando la doctrina sentada en *Kjeldsen* y en *Campbell* y *Cosans*, relativa a que el verbo “respetar” del segundo inciso del artículo 2 PA significa mucho más que “reconocer” o “tener en cuenta”, de manera que impone al Estado una obligación positiva en el ejercicio del conjunto de las funciones asumidas por éste en materia de educación¹⁶⁴. Sin embargo, el TEDH rechaza en ambas sentencias la pretensión de los demandantes de que la imposición a sus hijas de asistir a los desfiles conmemorativos de la fiesta nacional fuese una intromisión en el derecho paterno a reclamar del Estado una educación conforme a sus creencias religiosas. Para ello, el Tribunal se apoyó, entre otros argumentos, en la afirmación de que la competencia en materia de educación educativa corresponde legítimamente a los

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 27.

¹⁶¹ La expresión es de R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 236.

¹⁶² Sentencias *Efstratiou c. Grecia* y *Valsamis c. Grecia*, ambas de 18 de diciembre de 1996. Para un examen completo de estas dos sentencias, *ibid.*, pp. 236 a 240.

¹⁶³ *Vid.* L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 268.

¹⁶⁴ *Efstratiou c. Grecia* § 28 : “La Cour rappelle que c’est dans l’ensemble du programme de l’enseignement public que l’article 2 du protocole n° 1 (P1-2) prescrit à l’Etat de respecter les convictions, tant religieuses que philosophiques, des parents. [...] Ce devoir est d’application large car il vaut pour le contenu de l’instruction en la manière de la dispenser mais aussi dans l’exercice de l’ensemble de des « fonctions » assumées par l’État. Le verbe « respecter » signifie bien plus que « reconnaître » ou « prendre en compte ». En sus d’un engagement plutôt négatif, il implique à la charge de l’état une certaine obligation positive.” Igual en *Valsamis c. Grecia* § 27.

Estados¹⁶⁵, por lo que el Tribunal no puede pronunciarse acerca de la definición y gestión por el Estado griego del programa escolar. Aunque el Tribunal se sorprende de que en Grecia se exija a los alumnos, bajo pena de un día de suspensión escolar, que participen en un desfile fuera del recinto escolar y en día festivo, nada encuentra en dicho desfile, ni en su finalidad o en sus preparativos, que pueda ofender las convicciones pacifistas de los demandantes en el sentido prohibido por la segunda frase del artículo 2 PA¹⁶⁶.

No deja de resultar preocupante que el Tribunal, tanto en *Valsamis* como en *Efstratiou*, entre a valorar la “razonabilidad” o no de las convicciones alegadas por los demandantes, lo cual no hace sino consolidar la tendencia restrictiva del TEDH a la hora de interpretar el alcance del derecho reconocido a los padres en el inciso segundo del artículo 2 PA. No parece congruente con los requisitos para una adecuada tutela de la libertad religiosa que un órgano jurisdiccional pueda arrogarse la potestad de decidir si los desfiles que los Testigos de Jehová reprueban moralmente son actos cívicos sin especiales connotaciones ideológicas que por lo tanto no pueden ofender sus sentimientos religiosos. La protección de la libertad de religión y de conciencia no depende, ni puede depender, de un juicio de razonabilidad más allá de limitar su ejercicio cuando ello resulte necesario en una sociedad democrática. El respeto y protección por el Estado del derecho de sus ciudadanos a la libertad religiosa e ideológica —que no lo olvidemos, y según el propio TEDH, es uno de los fundamentos de una sociedad democrática¹⁶⁷ — no puede ni debe en ningún caso depender de que éste considere que sus convicciones son correctas o convenientes¹⁶⁸.

La doctrina del caso *Kjeldsen* fue retomada nuevamente por el TEDH para fundamentar, casi veinticinco años después, la decisión de inadmisión del caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*¹⁶⁹ en el que se planteaba un supuesto de hecho que

¹⁶⁵ *Efstratiou c. Grecia* § 29 y *Valsamis c. Grecia* § 28.

¹⁶⁶ *Efstratiou c. Grecia* § 32 y *Valsamis c. Grecia* § 31.

¹⁶⁷ *Kokkinakis c. Grecia*, 25 de junio de 1993, § 31.

¹⁶⁸ Cfr. R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 238 y 239.

¹⁶⁹ Decisión de inadmisibilidad del caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, de 25 de mayo de 2000.

presentaba grandes similitudes con el caso resuelto en 1976¹⁷⁰. Igualmente, las más recientes sentencias *Zengin c. Turquía*¹⁷¹ y *Folgerø c. Noruega*¹⁷² abundan en los pronunciamientos del caso *Kjeldsen*, si bien algunos autores creen apreciar en algunos matices contenidos en tales sentencias, una cierta modificación en la doctrina hasta ahora mantenida por Estrasburgo¹⁷³.

Pero sin duda la mayor aportación a los efectos del presente trabajo de las sentencias *Zengin* y *Folgerø* es que ambas sintetizan de forma muy clara y ordenada los

¹⁷⁰ Cfr. M^a B. RODRIGO LARA, *Minoría de...* cit. en nota 126, pp. 365 a 369.

¹⁷¹ Sentencia *Hasan Zengin y Eylen Zengin c. Turquía*, de 6 de junio de 2006. En este caso el TEDH tuvo que pronunciarse acerca de la reclamación de una familia alevita, una rama del Islam que presenta grandes diferencias con la suní mayoritaria en Turquía. Los demandantes alegaban que el modo en que en Turquía estaban planteados tanto los cursos obligatorios de “cultura y moral religiosas”, como las dispensas de asistencia a los mismos, que sólo eran concedidas a alumnos de otras confesiones religiosas, vulneraba entre otros el derecho de los padres a que el Estado respetase en la educación de sus hijos sus convicciones religiosas y filosóficas. Al contrario de lo que ocurrió en *Valsamis y Efstratiou*, el TEDH sí apreció en este caso que las convicciones alegadas por los demandantes reunían los requisitos necesarios para ser merecedoras del respeto estatal que impone el inciso segundo del artículo 2 PA, y que, en efecto, Turquía no actuaba en materia de enseñanza de la religión con la objetividad y el pluralismo debidos. Así señalaba la sentencia en su § 66 “[q]uant à la confession des alévis [...] il ne s’agit pas ni d’une secte ni d’une « conviction » qui n’atteindrait pas un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d’importance. Par conséquent, l’expression « convictions religieuses », au sens de la seconde phrase de l’article 2 du Protocole n° 1, s’applique sans conteste à cette confession.” En consecuencia, § 70 “[a] la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que l’enseignement dispensé dans la matière intitulée « culture religieuse et connaissance morale » ne peut être considéré comme répondant aux critères d’objectivité et de pluralisme et, plus particulièrement dans le cas concret des requérants, comme respectant les convictions religieuses et philosophiques du père de Mlle. Zengin, que adhère à la confession des alévis, au sujet de laquelle le contenu du cours demeure manifestement insuffisant.” Igualmente, la Corte consideró que el sistema de dispensas para los cursos de “cultura y moral religiosas” vulneraba el derecho de los padres a que el Estado respetase en la educación de sus hijos sus convicciones religiosas y filosóficas (§ 76). *Vid.* al respecto J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La objeción de...”, cit. en nota 151, pp. 116 y 117.

¹⁷² Sentencia *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007. La sentencia del caso *Folgerø c. Noruega* resuelve un supuesto de reclamación de un grupo de padres pertenecientes a la Asociación Humanista Noruega (*Human-Estik Forbund*) contra la decisión del gobierno noruego de no conceder a sus hijos una dispensa para asistir a los cursos de KRL obligatorios en la enseñanza pública. Al igual que en *Zengin*, el Tribunal estimó las pretensiones de los demandantes al entender vulnerado su derecho a que sus hijos se educasen según sus convicciones filosóficas. Pese a que el gobierno noruego se había preocupado mucho de que el contenido de los cursos fuese objetivo e imparcial, la pervivencia de una antigua disposición legal que favorecía el cristianismo, llevó al Tribunal a apreciar que, pese a los esfuerzos del Estado noruego a la hora de introducir la materia de KRL en los colegios públicos, éste no había logrado que el contenido de la asignatura fuese difundido en la forma objetiva, crítica y pluralista que requiere el artículo 2 PA (*Folgerø c. Noruega* § 102).

¹⁷³ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “La objeción de...”, cit. en nota 151, pp. 132 y ss.; M^a J. ROCA, “Deberes de los poderes...”, cit. en nota 11, pp. 180 a 182; y JUSDADO, Miguel Ángel y CAÑAMARES, Santiago, “La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Folgerø v. Noruega*”, en *Educación y religión...*, cit. en nota 151, pp. 146 y ss.

grandes principios establecidos por la jurisprudencia de la Corte en lo que a la interpretación general del artículo 2 PA se refiere:

- Las dos frases del artículo 2 PA deben interpretarse, no sólo la una a la luz de la otra, sino también en relación con los demás derechos del CEDH, principalmente con los reconocidos en sus artículos 8, 9 y 10 (derecho a la vida personal y familiar; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; y derecho a recibir e impartir información e ideas)¹⁷⁴.

- El derecho de los padres a que sean respetadas sus convicciones religiosas y filosóficas deriva del derecho fundamental a la instrucción, sin que ni la primera cláusula del artículo 2 PA ni la segunda establezcan diferencia alguna entre la enseñanza pública y la privada. La segunda cláusula del artículo 2 PA tiene como objeto garantizar el pluralismo en la educación, esencial para preservar una “sociedad democrática” tal y como ésta es concebida por el CEDH. El peso del Estado moderno hace que sea sobre todo en el ámbito de la enseñanza pública donde este fin se realiza¹⁷⁵.

- El artículo 2 PA no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás asignaturas, de modo que el Estado debe respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres en el conjunto del programa de enseñanza pública. Este deber se extiende a todas las funciones asumidas por el Estado en materia de educación. El verbo “respetar” significa más que “reconocer” o “tomar en consideración” y exige del estado una cierta prestación positiva. El término “convicciones” no es sinónimo de “opiniones” o “ideas”, y se aplica sólo a pareceres que alcanzan un cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia¹⁷⁶.

- El artículo 2 PA forma parte de un todo dominado por su primera cláusula. Al prohibirse a los Estados negar el derecho a la instrucción, éstos se comprometen a garantizar a cualquiera bajo su jurisdicción un derecho de acceso a los establecimientos

¹⁷⁴ *Folgerø c. Noruega*, § 84 a.

¹⁷⁵ *Ibid.*, § 84 b y *Zengin c. Turquía* § 48.

¹⁷⁶ *Folgerø c. Noruega*, § 84 c y *Zengin c. Turquía* § 49.

escolares que existan en un momento determinado, así como de obtener, mediante el reconocimiento oficial de los estudios realizados, un beneficio de la enseñanza realizada¹⁷⁷.

- Aunque en ocasiones haya que subordinar el interés de los particulares a los de un grupo, la democracia no consiste en la supremacía constante de la opinión de una mayoría, sino que requiere un equilibrio que asegure a las minorías un tratamiento justo que evite cualquier abuso de una posición dominante¹⁷⁸.

- La definición y gestión del programa de estudio es competencia de los Estados. Se trata ésta en gran medida de una cuestión de oportunidad sobre la que el Tribunal no se debe pronunciar y que puede legítimamente ser diferente en función del país y del momento histórico¹⁷⁹.

3.4.2 La posición del TEDH en relación con la educación en casa

Hasta el día de hoy, la jurisdicción de Estrasburgo sólo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la oposición paterna a la escolarización obligatoria de los hijos, en dos supuestos que se resolvieron mediante sendas decisiones de inadmisibilidad. Me estoy refiriendo a los casos *Leuffen c. Alemania*¹⁸⁰, resuelto por la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos el 9 de julio de 1992; y *Konrad y otros c. Alemania*, de 11 de septiembre de 2006¹⁸¹. En ambos casos se trataba de supuestos de escolarización en el hogar en un país, Alemania, en el que el *homeschooling* no está permitido. Como veremos, la prohibición legal a que la enseñanza pueda realizarse fuera de la escuela institucional está presente de manera especial tanto en la argumentación de la Comisión como en la del TEDH. En efecto, ninguno de los dos entra a fondo en la cuestión del *homeschooling*, sino que se limitan a analizar el modo en que las dos cláusulas del artículo 2 PA deben ser interpretadas, reconduciendo el

¹⁷⁷ *Folgerø c. Noruega* § 84 d.

¹⁷⁸ *Ibid.*, § 84 f.

¹⁷⁹ *Ibid.*, § 84 g y *Zengin c. Turquía* § 51.

¹⁸⁰ Dec. Adm. n. 19844/92, de 9 de junio de 1992.

¹⁸¹ Dec. Adm. n. 35504/03, de 11 de septiembre de 2006.

reclamado derecho de los padres a educar a sus hijos en casa a una cuestión de política legislativa y de organización del sistema educativo de cada Estado, desvinculado del derecho al respeto de las convicciones filosóficas y religiosas de los padres.

En *Leuffen*, la demandante era una madre alemana que se negaba a escolarizar a su hijo insistiendo en educarlo ella misma en casa. La madre, católica de religión, afirmaba que Dios le había dado la exclusiva responsabilidad y autoridad para formar a su hijo, y que para ella era pecado enviarlo a una escuela tradicional. Alegaba igualmente que su hijo no sobreviviría la escolarización obligatoria, dado que el declive moral y académico de los colegios públicos lo convertirían en víctima de un ambiente violento y obsceno, llegando a asimilar la escolarización formal con el abuso de menores¹⁸². La Comisión interpreta el artículo 2 PA, tal y como ya anticipó en *Kjeldsen*, en el sentido de que la primera cláusula prevalece sobre la segunda, es decir, el derecho de los niños a la educación prevalece sobre el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación que sea conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas. Entiende la Comisión que el derecho de los menores a la educación lleva aparejada la necesidad de que el Estado regule este derecho, regulación que puede variar en el tiempo y en el espacio según las necesidades y medios de las concretas comunidades e individuos. Esta discrecionalidad estatal legitima la imposición por el Estado de una escolarización obligatoria —en escuelas públicas o privadas— y de ciertos mecanismos de verificación y cumplimiento, siempre y cuando no se lesione la esencia del derecho a la educación o se entre en conflicto con otros derechos reconocidos en la Convención. Por supuesto, entre estos derechos se halla el reconocido a los padres de educar a sus hijos según sus creencias, derecho que, en palabras de la Comisión, tiene por objeto evitar que el Estado se extralimite en sus funciones incurriendo en algún tipo de adoctrinamiento religioso o moral de los menores contra los deseos de sus familias¹⁸³.

¹⁸² Literalmente, en su versión inglesa, la Decisión señala cómo la madre “[...] expresses her concern over the academic and moral decline in public schools where her son would be taught obscenities and become a victim of violent behaviour and negative socialisation pressure. According to her, formal schooling amounts to child abuse, disaster for the child’s mental and physical health and to frustration and failure. Her son would not survive compulsory school attendance.”

¹⁸³ Vid. R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 245 y 246.

Por lo tanto, concluye la Comisión, una madre no puede privar a un hijo de su derecho a la educación basándose en sus convicciones¹⁸⁴.

En *Konrad c. Alemania* el TEDH retoma los argumentos expuestos por la Comisión en el caso *Leuffen*. Nuevamente, nos hallamos ante un supuesto en el que unos padres, vinculados a un grupo cristiano fuertemente apegado a la Biblia, se negaban a escolarizar a sus dos hijos menores de edad por razones de índole religiosa. En concreto, los padres alegaban estar preocupados por la creciente violencia física y psíquica entre los alumnos, así como no estar de acuerdo con la educación sexual y con la presencia de seres fantásticos, como brujas o enanitos, en algunos de los cuentos que formaban parte del material educativo que debían manejar los niños. Por ello, habían decidido educar a sus hijos en casa siguiendo el sistema de *homeschooling* conocido como *Philadelphia School*, para lo cual solicitaron a las autoridades educativas del estado de *Baden-Württemberg* —en el que la Constitución obliga a la asistencia a la escuela— una exención que les fue denegada. Tras un largo proceso judicial en Alemania, los padres acudieron al TEDH al entender que la negativa del Estado a permitirles educar en casa a sus hijos vulneraba el artículo 2 PA, en tanto que no respetaba su derecho a instruir a sus hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas.

El TEDH invoca nuevamente su doctrina de que los dos apartados del artículo 2 PA han de interpretarse conjuntamente, por lo que las convicciones de los padres sólo deben ser respetadas cuando no colisionen con el derecho a la educación del menor. Es decir, los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación basándose en sus propias creencias¹⁸⁵. El Tribunal de Estrasburgo pone especial énfasis en el hecho de que los distintos Estados del Consejo de Europa dan soluciones diferentes a las obligaciones de los poderes públicos de educar y enseñar, y que la opción de la

¹⁸⁴ *Leuffen c. Alemania*: “Parents may not refuse a child’s right to education on the basis of their convictions”. En este caso la Comisión señaló además que las autoridades nacionales alemanas habían constatado, con la ayuda de expertos, que la demandante no podría por sí sola educar a su hijo sin que ello resultase perjudicial para el niño: “The applicant is of the opinion that she can ensure the education of her son herself. The Commission notes that the national authorities have in detail evaluated the possibilities in this respect and have come to the conclusion, with the help of an expert that education only by the applicant of her son would be damaging for the child.”

¹⁸⁵ *Ibid.*, “[r]espect is only due to convictions on the part of the parents which do not conflict with the right of the child to education, the whole of Article 2 of Protocol No. 1 being dominated by its first sentence. This means that parents may not refuse the right to education of a child on the basis of their convictions.”

escolarización obligatoria, sea en escuelas públicas o privadas, con exclusión de la educación en el hogar, es una fórmula perfectamente válida. Además, valora como acertada la doble argumentación de los tribunales alemanes, primero, de que junto con la adquisición de conocimientos, la asistencia a la escuela también incorpora un elemento de integración social que se pierde en la educación en casa, y segundo, de que nada impide a los padres educar a sus hijos fuera del horario escolar del modo que entiendan más acorde con sus convicciones¹⁸⁶. En conclusión, el TEDH entiende que en Alemania el derecho de los padres a predeterminar, por razones religiosas o filosóficas, la educación de sus hijos, no alcanza a no llevarles al colegio, al primar el derecho de los niños a la educación.

Aunque, como vemos, el TEDH no ha entrado nunca a analizar a fondo la cuestión de la educación de los menores fuera de la institución escolar, sí es posible, a partir de la doctrina del Tribunal en materia de educación y de las decisiones de inadmisibilidad de los casos analizados, deducir un cierto posicionamiento de éste favorable a considerar la opción de educar a los hijos en casa como una cuestión sujeta a la mera discrecionalidad legislativa de los Estados, desvinculada del derecho que reconoce a los padres el segundo inciso del artículo 2 PA salvo en aquellos casos en que se aprecie una quiebra del principio de neutralidad estatal.

Dos son los argumentos que parecen por lo tanto sustentar la posición de la Corte. El primero, que el establecimiento de un sistema de escolarización obligatoria entra dentro de las facultades del Estado para organizar libremente el sistema educativo. El segundo, que los padres no pueden negar a sus hijos el derecho a la educación sobre la base de sus convicciones, de modo que el único límite para el Estado en relación con la segunda cláusula del artículo 2 PA es cualquier intento de adoctrinamiento. En

¹⁸⁶ *Ibid.*, “[t]he German courts have pointed to the fact that the applicant parents were free to educate their children after school and at weekends. Therefore, the parents’ right to education in conformity with their religious convictions is not restricted in a disproportionate manner. The compulsory primary school attendance does not deprive the applicant parents of their right to exercise with regard to their children natural parental functions as educators or to guide their children on a path in line with the parent’s own religious or philosophical convictions.” En relación con la afirmación del TEDH de que los padres pueden educar a sus hijos fuera del horario escolar, y que por ello no se ven vulneradas sus funciones de educadores, no puedo menos que coincidir con la observación de Navarro-Valls y Martínez Torrón de que se trata de una afirmación extemporánea “en la medida en el que art. 2 PCEDH se refiere precisamente al entorno escolar, no a la educación de los hijos en el ámbito extra-escolar, cuya dependencia de los padres se da por sentada.” R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 247.

consecuencia, no parece que en aquellos casos en que un concreto Estado no haya previsto legalmente esta modalidad educativa, esté en la mente del Tribunal el considerar el *homeschooling* como una opción de los padres derivada directamente de su derecho a elegir una formación para sus hijos que esté acorde con sus convicciones religiosas y filosóficas.

En efecto, como he indicado, en ambas decisiones se argumenta que el artículo 2 PA no impide que un Estado pueda establecer la escolarización obligatoria en colegios públicos o en colegios privados que satisfagan ciertos estándares. Es más, en *Konrad* el Tribunal, retomando la doctrina del *Caso lingüístico belga*, reconoce que el derecho a la educación establecido en el artículo 2 PA necesita, por su propia naturaleza, ser regulado por el Estado, regulación que evidentemente puede variar en el tiempo y el espacio en función de las necesidades y medios de individuos y comunidades. Según el Tribunal, esta afirmación implica la “posibilidad” de que el Estado establezca un sistema de escolarización obligatoria en colegios públicos o privados, sin llegar a deducir sin embargo su “necesidad”. Así pues, desde esta argumentación, podría entenderse *sensu contrario* que si las leyes de un Estado miembro permiten que la educación de los menores pueda llevarse a cabo sin necesidad de escolarización obligatoria, esta opción sería igualmente válida al entrar dentro de la discrecionalidad estatal de organizar en cada momento el sistema educativo como crea conveniente. Si, por el contrario, la ley no reconoce la opción de la educación en casa, el Tribunal parece entender que el derecho reconocido a los padres en el inciso segundo del artículo 2 PA no incluye un derecho genérico a poder sustraer a los menores del sistema educativo estatal oficial.

Como argumento adicional, tanto la Comisión como el Tribunal acuden a la doctrina de *Campbell y Cosans* de que sólo pueden ser respetadas por el Estado las convicciones de los padres que no entren en conflicto con el derecho de los hijos a la educación¹⁸⁷, de lo que ambos órganos deducen que los progenitores no pueden privar a un hijo de su derecho a la educación basándose en sus convicciones.

¹⁸⁷ *Campbell y Cosans c. Reino Unido* § 36 “[...] convictions [...] must not conflict with the fundamental right of a child to education, the whole of article 2 (P1-2) being dominated by its first sentence”.

Resulta inquietante que Comisión y Tribunal hagan un análisis tan aparentemente superficial del derecho a la educación y tan restringido del derecho de los padres a que sus hijos sean educados según sus convicciones religiosas y filosóficas. En efecto, sin perjuicio de que ni la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos ni el TEDH, hayan equiparado “educación” con “escolarización obligatoria”, lo cierto es que en las decisiones de inadmisibilidad de los casos *Leuffen* y *Konrad* parecen confundir estos dos conceptos¹⁸⁸, lo cual no deja de generar una cierta perplejidad. Una cosa es que unos padres cuestionen la escolarización como la mejor vía para la satisfacción del derecho a la educación de sus hijos, y otra muy distinta es que dicho rechazo de los padres a la escuela institucional pretenda —o tenga como resultado— privar a los menores de su derecho a la instrucción. “Educar no es sinónimo de escolarizar”¹⁸⁹, y no existe una correlación necesaria entre ausencia de escolarización y falta de educación. Siguiendo este argumento hasta sus últimas consecuencias, si la realización del derecho a la educación pasa por la escolarización, se deduce entonces que en ningún caso podrían unos padres educar a sus hijos en el hogar, con independencia de que exista o no previsión legal al respecto en el país que corresponda¹⁹⁰. Pero además, si el propio Tribunal entiende que la escolarización obligatoria es una posibilidad más de las que tiene el Estado para organizar el sistema educativo, ¿qué ocurre con el derecho a la educación de los niños no escolarizados en aquellos Estados miembros que admiten la educación en casa? ¿No se cumple en los términos que prevé el TEDH? La consecuencia de una eventual equiparación por parte del TEDH del “derecho a la educación” con un “derecho a la escolarización” plantearía un sin fin de problemas para los Estados miembros del Consejo de Europa. En efecto, cualquier Estado que admitiese legalmente el *homeschooling* podría verse cuestionado en el caso de que, llevado ante la jurisdicción de Estrasburgo, ésta optase por seguir reconociendo un derecho a la escolarización¹⁹¹.

El único límite que pone el TEDH a la actuación del Estado, y paralelamente el único supuesto en que sería operativo el derecho de los padres a que los poderes

¹⁸⁸ Al igual que, como veremos más adelante, parece hacer el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 2 de diciembre de 2010 [RTC 2010/133].

¹⁸⁹ R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 240.

¹⁹⁰ D. MONK, “Problematizing...”, cit. en nota 61, p. 586.

¹⁹¹ *Vid.* C. KOONS, “Education on the home front...”, cit. en nota 53, p. 160.

públicos garanticen a sus hijos una educación según sus convicciones, parece ser, siguiendo la doctrina *Kjeldsen*, la quiebra de la debida neutralidad del sistema educativo. En relación con este límite, no puedo menos que reiterar la crítica que ya efectuaba en el apartado 3.4.1 anterior de que el artículo 2 del PA no pone el límite de la actuación del Estado en la prohibición del adoctrinamiento en la actividad educativa estatal, sino que exige con carácter general que el Estado respete las convicciones de los padres, sin referencia alguna a la finalidad perseguida por la organización pública de la enseñanza.

En conclusión, aunque el TEDH parece sostener la postura de que, bajo el artículo 2 PA, un Estado puede discrecionalmente optar por un sistema educativo que, junto con la escolarización, contemple opciones educativas alternativas que tengan el hogar como lugar de enseñanza, su confusa interpretación acerca de cuál es el contenido del derecho a la educación y su relación con la escolarización, y de cuál es el verdadero alcance del derecho reconocido en el segundo inciso del artículo 2 PA, arrojan ciertas dudas acerca de cuál puede ser la posición de la Corte en posibles futuros casos relacionados con la educación en casa.

4. LA EDUCACIÓN EN CASA O *HOMESCHOOLING* EN ESPAÑA. SITUACIÓN ACTUAL

Nuestra Carta Magna no constitucionaliza un sistema educativo concreto y cerrado, sino que atribuye al legislador amplias competencias para establecer el armazón educativo que por razones de oportunidad entienda más conveniente en cada momento, siempre dentro de los objetivos y límites que para el derecho a la educación establece el propio texto constitucional y del respeto al derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación que esté de acuerdo con sus convicciones. En el ejercicio de sus competencias de organización y programación del sistema educativo, el legislador español ha optado por establecer un deber jurídico de escolarización de los niños entre los seis y los 16 años como medio para dar cumplimiento a la obligación constitucional

de que los poderes públicos garanticen el acceso de los menores a una educación básica obligatoria¹⁹².

Excepción hecha del artículo 55 de la Ley de Educación de Cataluña, que en el último inciso de su apartado 2º parece abrir la puerta a la educación no presencial de enseñanzas obligatorias con carácter excepcional y bajo determinadas circunstancias¹⁹³, la educación en casa como alternativa a la escolarización en la red escolar institucional no está legalmente prevista en España¹⁹⁴. Esta ausencia de previsión legislativa no ha impedido, sin embargo, que el *homeschooling* haya comenzado a estar presente en nuestra sociedad, ni que los Tribunales hayan tenido que entrar a resolver cuestiones directamente relacionadas con la negativa de ciertos padres a escolarizar a sus hijos dentro del sistema educativo oficial. Es importante advertir que, la mayoría de las veces, el concepto de educación en el hogar no procede de situaciones de mero absentismo escolar o de negativa al estudio o a su obligatoriedad, sino que se trata de un rechazo a

¹⁹² El artículo 4 de la LOE establece en sus apartados 1 y 2 relativos a la enseñanza básica: “(1) La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas. (2) La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso, en las condiciones establecidas en la presente Ley.” Este deber jurídico de escolarización se refuerza con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor: “Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.”

¹⁹³ El alcance del artículo 55 de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña no está claro. Si en su Preámbulo la Ley parece indicar que las enseñanzas en régimen no presencial están dirigidas a los “alumnos de edad superior a la de escolarización obligatoria”, el último inciso del artículo 55.2 indica por el contrario que “[t]ambién pueden impartirse en dicha modalidad [de educación no presencial], excepcionalmente, enseñanzas obligatorias y las demás enseñanzas que, en determinadas circunstancias, establezca el Departamento”, mientras que el apartado 7 del mismo precepto parece anticipar los mecanismos de control de esta modalidad de educación no presencial al establecer que “[e]l Departamento debe crear y regular un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de educación no presencial en enseñanzas de educación básica”. Por lo tanto, será necesario esperar a la normativa de desarrollo de esta norma para determinar su verdadera operatividad.

¹⁹⁴ Sí se permiten sin embargo ciertas modalidades de estudio no presencial o a distancia a través del CIDEAD (Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia) para alumnos españoles residentes en el extranjero o para aquellos que aún residiendo en España, por causas excepcionales como pertenecer a familias de vida itinerante o dedicarse a actividades especiales, y previa autorización de la Administración Educativa, no puedan asistir a un centro ordinario. *Vid.* <http://cidead.cnice.mec.es/present.htm> (Consultado el 1 de junio de 2011).

la escolarización o la reglamentación que se le asocia, desde una decisión de conciencia de los padres, comprometida, consciente y responsable¹⁹⁵.

En ausencia de regulación legal de la educación en casa, el *homeschooling* ha venido articulándose en España como un rechazo de los padres a ese deber jurídico de escolarización obligatoria basado en su derecho fundamental a elegir el tipo de educación religiosa o moral que desean para sus hijos. Como acertadamente se ha apuntado “existe evidentemente una mayoría que se muestra conforme o al menos no va en contra de la escolarización obligatoria. No obstante, existe un núcleo minoritario que por motivaciones diversas: filosóficas, religiosas, psicológicas etc., se plantea seriamente la idoneidad del sistema escolar para sus hijos y en consecuencia se muestra disconforme con la obligatoriedad de la escolarización. Ello cuestiona el sistema de enseñanza y plantea el tema de si el derecho de las mayorías puede y debe limitar la libertad educacional de algunas minorías.”¹⁹⁶ Por su parte, y pese al reducido tratamiento académico que esta materia ha merecido hasta ahora en nuestro país, la doctrina española, se ha referido a la educación en casa como una objeción de conciencia¹⁹⁷.

Analicemos a continuación nuestro derecho interno, en concreto, de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza reconocidos en el artículo 27 de la Constitución Española y en el modo en que éstos se ven implicados en el fenómeno del *homeschooling*.

¹⁹⁵ Vid. J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, “Objeciones...”, cit. en nota 5, pp. 20 y 21. Señala Jordán Villacampa como características generalmente comunes a los padres *homeschoolers* el ser (1) personas con profesiones liberales que trabajan en casa o pasan gran parte de su tiempo en ella; (2) que viven en pueblos, localidades pequeñas o en el campo; (3) que se ocupan personalmente de impartir la docencia de algunas materias a sus hijos y buscan profesionales para otras; y (4) que parece que en muchos casos están buscando un modo de vida alternativo y alejado de la estereotipada masa humana de las ciudades. M^a L. JORDÁN VILLACAMPA, “La objeción de...”, cit. en nota 1, p. 468.

¹⁹⁶ M^a L. JORDÁN VILLACAMPA, “La objeción de...”, cit. en nota 1, p. 467.

¹⁹⁷ Vid. R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 217 y ss. M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, pp. 9 y ss.; Existen opiniones en contrario, así, Biglino Campos, quien entiende que no parece que pueda construirse una objeción de conciencia al deber escolar sobre el derecho de los padres a escoger la formación religiosa y moral de sus hijos, dado que éste, por su naturaleza limitada, “sólo permite elegir determinados contenidos de la educación estrechamente relacionados con la libertad de conciencia, pero no fundamenta un rechazo global a la enseñanza básica obligatoria que la Constitución impone.” P. BIGLINO CAMPOS, en el prólogo a A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 17.

4.1 Los derechos educativos y la educación en casa en España

4.1.1. El contexto histórico y constitucional

El reconocimiento a nivel internacional de la libertad de enseñanza y del derecho a la educación ha tenido su eco en los textos constitucionales modernos, en los que se aborda también la especial posición que respecto a los derechos educativos debe adoptar un Estado social y democrático de Derecho. La ya mencionada doble proyección interna y externa de la educación determina que los textos constitucionales suelen ocuparse de diseñar el armazón del sistema educativo de un país sobre el reconocimiento, no sólo de que la democracia no puede funcionar correctamente sin ciudadanos medianamente educados, sino también de la innegable afirmación de que la instrucción es un factor fundamental de la libertad individual¹⁹⁸ de la que el Estado se hace, en gran medida, responsable.

En España, la Constitución de 6 de diciembre de 1978 (CE) marca un momento de cambio en la historia de la educación en nuestro país, historia que no ha sido ajena a la evolución de los contenidos de los derechos educativos en occidente desde la Revolución Francesa¹⁹⁹.

La Constitución de 1812 sentó las bases para el establecimiento y la organización de un sistema educativo que se consolidaría años después con la famosa Ley de Instrucción pública de 9 de septiembre de 1857²⁰⁰. Casi un siglo más tarde, la Constitución de 1931 y las normas fundamentales del posterior régimen franquista pondrían el énfasis respectivamente en distintos aspectos de los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, generando dos modelos fundamentados en concepciones contrapuestas de la educación²⁰¹. Estas diferencias de planteamiento entre sectores proclives a dar un mayor protagonismo al derecho a la educación en su vertiente

¹⁹⁸ L. M^a DÍEZ-PICAZO, *Sistema de...*, cit. en nota 97, p. 495.

¹⁹⁹ Para un exhaustivo estudio de la evolución constitucional del derecho a la educación en nuestro país, *vid.* J. A. ELIPE SONGEL, *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Valencia, 2003.

²⁰⁰ Cfr. M. MUÑOZ-REPISO, *El sistema educativo español*, Madrid, 2000, p. 39.

²⁰¹ Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, pp. 15 y 16 y 57 a 64.

prestacional y aquellos más partidarios de primar la libertad de enseñanza, desembocarían en un enconado debate durante el proceso constituyente que culminó con la redacción del actual artículo 27 CE, considerado como uno de los máximos exponentes del consenso político del momento²⁰².

La Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 ya dedicó todo su título IX a la educación bajo el título “De la Instrucción pública”²⁰³. Tributaria de las ideas de la Ilustración, la Constitución consagraba un modelo de educación que universalizaba la instrucción mediante el establecimiento de escuelas “de primeras letras” por todo el territorio de la Monarquía. En dichas escuelas “de primeras letras” se preveía instruir a los niños, además de en el currículo básico, en “una breve exposición de las obligaciones civiles”²⁰⁴, de acuerdo con el ideal ilustrado de que la generalización de la educación básica se convirtiese en instrumento de consolidación del nuevo régimen liberal. Esta generalización de la educación iba unida a su uniformidad, estableciéndose por las Cortes un plan general de enseñanza para todo el Reino²⁰⁵, y estaba sometida al control del Gobierno, a quien correspondía tanto el establecimiento de planes de estudio como su inspección y supervisión²⁰⁶.

El Decreto de Fernando VII declarando nula la Constitución de Cádiz y reestableciendo la monarquía absoluta²⁰⁷ inició en España un periodo marcado por una

²⁰² Cfr. *ibid.*, pp. 22 y 23.

²⁰³ La Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812 ha pasado a la historia como la única Constitución de nuestro país que ha dedicado todo un título a la enseñanza. Vid. M. MUÑOZ-REPISO, *El sistema educativo...*, cit. en nota 200, pp. 39 y 40.

²⁰⁴ Artículo 366 de la Constitución de 1812: “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, a escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles.”

²⁰⁵ *Ibid.*, Artículo 368: “El plan general de enseñanza será uniforme en todo el reyno, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas.”

²⁰⁶ *Ibid.*, Artículo 369: “Habrà una dirección general de estudios, compuesta de personas de conocida instrucción, a cuyo cargo estará, baxo la autoridad del Gobierno, la inspección de la enseñanza pública.”

Artículo 370: “Las Cortes, por medio de planes y estatutos especiales, arreglarán quanto pertenezca al importante objeto de la instrucción pública.”

²⁰⁷ Real Decreto de 4 de mayo de 1814.

gran inestabilidad en materia educativa²⁰⁸. Durante el Trienio Liberal destacó el Reglamento General de Instrucción Pública de 1821, que elevó a rango de ley, si bien con algunas modificaciones, el Informe elaborado por Manuel José Quintana en 1814 en desarrollo de las disposiciones contenidas en el título IX de la Constitución de 1812²⁰⁹. El Reglamento de 1821 estableció la división de la enseñanza en privada y pública, su uniformidad y gratuidad²¹⁰, toda vez que avanzó en la organización del sistema educativo en distintos niveles.

La idea de una educación obligatoria y gratuita tiene su primer reconocimiento legislativo en la España del gobierno moderado de O'Donnell con la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857. La Ley, que ha pasado a la historia con el nombre de Ley Moyano y que, de un modo u otro, desplegó sus efectos hasta bien entrado el siglo XX,²¹¹ nació imbuida del más puro espíritu ilustrado y supuso la consolidación definitiva del sistema educativo liberal en España²¹². La Ley concibió la educación como un bien público orientado a la renovación de la sociedad, estableciendo la obligatoriedad de la enseñanza básica, declarándola gratuita entre los seis y nueve años para aquellos niños cuyos padres carecieran de los recursos necesarios para poder costearla y admitiendo tanto la posibilidad de la instrucción en el domicilio como en institución privada²¹³.

²⁰⁸ Cfr. J. A. ELIPE SONGEL, *Historia Constitucional...*, cit. en nota 199, pp. 26 y ss.

²⁰⁹ Reglamento General de Instrucción Pública de 10 de julio de 1821, aprobado por Decreto de las Cortes de 29 de junio de 1821.

²¹⁰ Vid. M. MUÑOZ-REPISO, *El sistema educativo...*, cit. en nota 200, p. 40.

²¹¹ Cfr. A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, pp. 53 y ss. El esquema educativo diseñado por la Ley Moyano resistirá no sólo la segunda mitad del siglo XIX sino también la primera del XX. Es significativo cómo en 1970 la Ley General de Educación reconoce en su Preámbulo: "El marco legal que ha regido nuestro sistema educativo en su conjunto respondía al esquema ya centenario de la Ley Moyano. Los fines educativos se concebían de manera muy distinta en aquella época y reflejaban un estilo clasista opuesto a la aspiración, hoy generalizada de democratizar la enseñanza. Se trataba de atender a las necesidades de una sociedad diferente de la actual: una España de 15.000.000 de habitantes con el 75 por 100 de analfabetos, 2.500.000 de jornaleros del campo y 260.000 "pobres de solemnidad", con una estructura socioeconómica preindustrial en la que apenas apuntaban algunos intentos aislados de industrialización. Era un sistema educativo para una sociedad estática, con una Universidad cuya estructura y organización respondía a modelos de allende las fronteras." El texto de la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 está disponible en http://personal.us.es/alporu/historia/ley_moyano_texto.htm (Consultado el 1 de mayo de 2011).

²¹² Vid. M. MUÑOZ-REPISO, *El sistema educativo...*, cit. en nota 200, p. 41.

²¹³ En su artículo 7º se establecía que "[l]a primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores ó encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de

El primer reconocimiento constitucional del deber de los padres de educar e instruir a sus hijos lo hallamos en la Constitución republicana de 1931²¹⁴, que supuso una auténtica innovación en el ámbito educativo²¹⁵. La Constitución republicana articuló un modelo educativo típicamente socialista que partía de la consideración de la educación como una función estatal y que proclamaba la escuela única, la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria, la libertad de cátedra y la laicidad de la enseñanza²¹⁶. De hecho, la educación no está regulada junto con las “garantías individuales y políticas”, sino en el capítulo dedicado a “Familia, economía, y cultura”, reforzando así su carácter de derecho social²¹⁷.

El cambio de régimen tras la Guerra Civil trajo consigo también un cambio en la concepción de la educación en España. El artículo 5 del Fuero de los Españoles de 1945 establecía que “[t]odos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección. El Estado velará para que ningún talento se malogre por falta de medios económicos”. Por su parte, la Ley Fundamental del Movimiento Nacional de 1958 mantuvo la enseñanza básica obligatoria pero desde la perspectiva de un

instrucción en sus casas o en establecimiento particular.”

http://personal.us.es/alporu/historia/ley_moyano_texto.htm#titulo1 (Consultado el 1 de mayo de 2011).

²¹⁴ Constitución de la República Española de 1931, artículo 43: “Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.”

²¹⁵ Vid. F. J. DIAZ REVORIO, *El derecho a...*, cit. en nota 99, p. 282.

²¹⁶ Constitución de la República Española de 1931, artículo 48: “El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria. Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada. La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se halle condicionado más que por la aptitud y la vocación. La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana. Se reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos.” Vid. M. MUÑOZ-REPISO, *El sistema educativo...*, cit. en nota 200, p. 40.

²¹⁷ Vid. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 17.

derecho²¹⁸. En un claro avance, la Ley General de Educación de 1970 sí reconoció el doble carácter de derecho-deber de la enseñanza básica gratuita²¹⁹.

Centrándome ya en la vigente Carta Magna de 1978, lo primero que debo poner de manifiesto es la complejidad de la actual regulación constitucional de los derechos educativos. En el momento de redactarse la Constitución, los constituyentes percibieron la necesidad de establecer un marco amplio que diese respuesta a las aspiraciones contrapuestas de partidarios de dos concepciones muy distintas de la educación: la defendida por los sectores de la izquierda tradicional, quienes la consideraban un derecho prestacional que corresponde asegurar primariamente al Estado, y la sostenida por sectores “no estatistas”²²⁰, más centrada en la libertad de enseñanza. De hecho, nuestra vigente Constitución supone un salto cualitativo en el tratamiento jurídico de los derechos educativos, al constitucionalizar simultáneamente la libertad de enseñanza y el derecho a la educación²²¹.

Fruto del consenso que marcó la redacción de la Constitución de 1978, su prolijo artículo 27 establece las bases del modelo educativo en España²²². A los efectos del presente trabajo son especialmente relevantes los apartados 1-6 y 8, que se reproducen a continuación:

“1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

²¹⁸ Así lo reconoce el Principio IX.2: “Todos los españoles tienen derecho: A una educación general y profesional, que nunca podrá dejar de recibirse por falta de medios materiales.”

²¹⁹ Para un análisis más pormenorizado de la evolución de los derechos educativos en la España anterior a 1978, *vid.* J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, pp. 75 y ss.; J. MUÑIZ, “Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 7 (1983), pp. 338 a 342; J. A. MUÑOZ-ARNAU, *Derechos y libertades...*, cit. en nota 110, p. 104 y ss.

²²⁰ La expresión y la cita son de Mantecón, en J. MANTECÓN SANCHO, “El derecho de los padres...”, cit. en nota 113, p. 2.

²²¹ *Vid.* J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, p. 72; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 18; P. MARTÍNEZ RUANO, “La configuración constitucional del derecho a la educación”, en *Derecho y...*, cit. en nota 93, pp. 59 y 60.

²²² Desarrollan el proceso de elaboración del artículo 27 de la Constitución española, J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, pp. 109 y ss. 72; y J. MUÑIZ, *Los derechos...*, cit. en nota 219, pp. 335 a 337.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

[...]

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.”

Así pues, la Constitución reconoce el derecho universal a la educación, en directa vinculación con su artículo 14, que proclama el principio de igualdad y la no discriminación por razón alguna, personal o social. Este derecho universal a la educación está a su vez orientado al pleno desarrollo de la personalidad humana dentro del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, enlazando con el artículo 10.1 de nuestro Texto Fundamental²²³.

Igualmente, el artículo 27 CE garantiza la libertad de enseñanza, entendida como un compendio de facultades concretas, predicables tanto de personas físicas como

²²³ Así lo establecen igualmente los artículos 26.2 DUDH y 13.1 PIDESC. *Vid. supra* apartado 3.3.

jurídicas, que abarcan desde la libertad de fundación, orientación y dirección de centros educativos hasta la libertad de cátedra, pasando por las facultades reconocidas a padres y alumnos de poder elegir el tipo de educación que desean y de participar activamente en el proceso educativo²²⁴. Se reconoce, por lo tanto, un ámbito añadido de conciencia a los padres, en íntima conexión con el artículo 16 de la propia Constitución, al prever el derecho de que sus hijos reciban la formación que sea acorde con sus convicciones, particularmente morales y religiosas.

Por último, los apartados 4, 5 y 8 del artículo 27 establecen el marco de los derechos y obligaciones del Estado en materia educativa, enlazando con el artículo 9.2 de nuestra Carta Magna: la obligación de garantizar el derecho universal a la educación; los complejos binomios derecho-deber de procurar una enseñanza básica obligatoria y gratuita; las facultades de inspección y homologación del sistema educativo; y, en fin, su responsabilidad en la programación de la enseñanza.

Y es en este complejo entramado de derechos, deberes y libertades, de pluralidad de sujetos de la relación jurídica educativa²²⁵, donde se enmarca la proyección jurídica de la realidad pedagógico-social objeto de este trabajo, la educación en casa o *homeschooling*. Por ello, para poder no sólo analizar adecuadamente la admisibilidad o no de la enseñanza en el hogar en nuestro ordenamiento jurídico, sino también, y muy especialmente, para plantear posibles regulaciones legislativas orgánicas futuras que sean escrupulosamente respetuosas con nuestra Carta Magna, es preciso delimitar el alcance de cada uno de los derechos, deberes y libertades mencionados, así como desentrañar el papel que cada uno desempeña en la educación en casa.

Comencemos ese breve repaso a los derechos de educativos en España y a su relación con el *homeschooling* con el análisis del derecho a la educación de los primeros afectados por la educación en el hogar, los menores de edad.

4.1.2 El derecho a la educación de los menores de edad

²²⁴ Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 57.

²²⁵ Fernández-Miranda utiliza el término “relación jurídica educativa”, y explica su porqué en *ibid.*, pp. 29 y ss.

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es titular del derecho fundamental a la educación. Así lo proclaman el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, el artículo 14 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y, como no podía ser de otra manera, el artículo 27.1 de nuestra Constitución. Si toda persona tiene derecho a la educación, todo menor de edad es, por encima de cualquier otra consideración, titular de este derecho²²⁶. De ahí que todos los demás derechos y deberes que en relación con la educación son reconocidos por el ordenamiento jurídico, tanto a los poderes públicos como a los padres o tutores legales de dichos menores, deban tener como fin último la realización de ese derecho del niño a la educación, derecho que al menos deberá materializarse en la recepción obligatoria de una enseñanza básica.

Pero el menor no tiene derecho a cualquier educación. El segundo apartado del artículo 27 de la Constitución establece claramente que su educación ha de estar orientada al pleno desarrollo de su personalidad en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales²²⁷. Por lo tanto, “toda medida que se adopte en el ámbito educativo, tiene que tender como a su fin y tiene que ser escrupulosamente respetuosa con la consecución de este objetivo último que persigue la educación.”²²⁸

Este derecho del menor a una educación respetuosa con los fines enunciados en el artículo 27.2 de nuestra Carta Magna lleva aparejadas además dos consideraciones adicionales importantes. La primera es que los objetivos constitucionales del derecho a la educación no sólo deben ser promovidos activamente, sino que también deben ser

²²⁶ Vid. M^a J. ROCA, “Deberes de los poderes...”, cit. en nota 11, p. 154.

²²⁷ Es por ello que Otaduy considera que el derecho a la educación “puede considerarse como un *derecho-raíz*, o un *derecho-matriz*, en el sentido de que puede llegar a influir sobre aspectos generales de la vida personal y sobre el modo de ejercer otros derechos”. J. OTADUY, *Neutralidad ideológica...*, cit. en nota 87, p. 2. Por su parte, Fernández-Miranda señala que “[...] por su condición de instrumento decisivo en la formación de la personalidad, no sólo se ha querido la educación en libertad, sino también la educación para la libertad”. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 50. Finalmente, el magistrado Tomás y Valiente señala en su voto particular a la STC 5/1981 de 13 de febrero que este precepto constitucional contiene el “ideario educativo de la Constitución”.

²²⁸ L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 10.

tomados como límite de los demás derechos educativos, principalmente de la libertad de enseñanza²²⁹. La segunda es que la educación que reciba el menor debe ser una educación de calidad²³⁰ enmarcada en un sistema educativo flexible que permita a cada alumno el máximo desarrollo de sus posibilidades²³¹.

La realización del derecho de educación en el niño depende sin embargo, en gran medida, de que los otros dos sujetos de la relación jurídica educativa cumplan con los derechos-deberes que les impone el ordenamiento jurídico²³².

El segundo sujeto relevante de la relación jurídica educativa son los padres, cuyos derechos y libertades se reconocen en la Constitución en función de los deberes que tienen con respecto a sus hijos²³³. El propio texto constitucional establece en su artículo 39.3 que “[l]os padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. En relación con el derecho a la educación de los menores sometidos a su tutela, el artículo 154 del Código civil²³⁴ establece que la patria potestad

²²⁹ Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 51; y A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, pp. 85 y ss.

²³⁰ El derecho a la calidad de la enseñanza forma parte del derecho a la educación, hasta tal punto que su ausencia podría llegar a considerarse como violación constitucional; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 43. También en V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación...”, cit. en nota 2, pp. 17 a 20. Es muy gráfico su ejemplo de que “la educación tiene unos aspectos cuantitativos que no pueden ser olvidados y hasta se pueden considerar como condicionantes para la efectividad de una acción educativa. Pero la educación es una tarea difícil, vulnerable a las adulteraciones. El derecho a la educación no [es] sólo el derecho a una determinada “cantidad” de educación, sino el derecho a una educación de “calidad”. Así como las necesidades de alimentación no se cubren simplemente con una suficiente cantidad de alimentos si éstos se hallan en malas condiciones, el derecho a la educación no se satisface al menos que la educación tenga la calidad suficiente.” Para un análisis del concepto de “calidad” desde la perspectiva de un experto en pedagogía, cfr. R. PÉREZ-JUSTE, “Pluralismo educativo y calidad de enseñanza”, en *Educación y democracia...*, cit. en nota 85, pp. 174 y ss.

²³¹ El Preámbulo de la LOE incide especialmente en esta necesidad de flexibilidad del sistema educativo que “implica establecer conexiones ente los distintos tipos de enseñanzas, facilitar el paso de unas a otras y permitir la configuración de vías formativas adaptadas a las necesidades e intereses personales.”

²³² I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, 1995, p. 75.

²³³ *Ibid.*, pp. 80 y 81.

²³⁴ Artículo 154 Cc: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre

de los padres comprende los deberes y facultades de educar a los hijos y procurarles una formación integral²³⁵. Al papel de los padres en la educación de los hijos me referiré más detenidamente en el apartado siguiente, al hilo del análisis del contenido de la libertad de enseñanza reconocida en el segundo inciso del artículo 27.1 de la Constitución.

Por último, es preciso que los poderes públicos, como tercer sujeto de la relación jurídica educativa, cumplan con las funciones que el ordenamiento constitucional prevé para ellos en materia de instrucción. Después de establecer categóricamente el derecho de todos —también de los menores— a la educación, el artículo 27 CE establece para el Estado una pluralidad de obligaciones orientadas todas ellas a la consecución efectiva de este derecho, y es que el derecho a la educación es, frente al Estado, tanto un derecho de libertad individual como un derecho de prestación que le impone el deber de arbitrar los recursos necesarios para hacerlo efectivo.²³⁶ De hecho, para el desarrollo de sus funciones en materia de educación, el ordenamiento jurídico reconoce a los poderes públicos amplias competencias en cuanto a programación y control del sistema educativo en su conjunto, sin perjuicio de que también reconozca la posible intervención de la iniciativa privada en la titularidad y gestión de centros docentes²³⁷.

En primer lugar, el Estado tiene que garantizar el derecho universal a la educación, y no a una educación cualquiera, sino a esa educación de calidad que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los valores democráticos. Para ello, la Constitución impone al Estado el deber de establecer un sistema educativo dotado de una programación general que incluya una enseñanza básica obligatoria gratuita. Además, los poderes públicos asumen la obligación de

antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.”

²³⁵ Para un análisis del actual concepto de “patria potestad”, *vid.* M. MORENO ANTÓN, “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”, en *RGDCDEE* 19 (2009), pp. 6 a 9.

²³⁶ *Vid.* J. A. MUÑOZ-ARNAU, *Derechos y libertades...*, cit. en nota 110, p. 118; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, p. 140; Como dice Fernández-Miranda, el derecho a la educación es “una prestación constitucionalmente debida y directamente exigible. Se trata de un derecho subjetivo de prestación, exigible frente a los poderes públicos, sin que ello prejuzgue el modelo educativo general ni menoscabe necesariamente el derecho a la libertad de enseñanza; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 37.

²³⁷ *Vid.* J. OTADUY, *Neutralidad ideológica...*, cit. en nota 87, p. 2.

inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes²³⁸.

Por su directa vinculación con la opción de la educación en el hogar, es preciso que nos detengamos brevemente en el derecho-obligación constitucionalmente reconocido al menor de cursar una enseñanza básica²³⁹. Además de en la educación básica obligatoria, es también necesario detenerse en el concepto de “escolarización” que, si bien no aparece recogido en el artículo 27 de la Constitución, está estrechamente conectado con los derechos a la educación en general y a la educación básica obligatoria en particular.

Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁴⁰, el reverso del derecho del menor a la enseñanza básica obligatoria constituye una obligación dirigida a los demás miembros de la relación jurídica educativa que “sirve para destacar que ni los padres, ni los tutores, ni el Estado tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debe tener acceso a la educación primaria”²⁴¹.

La primera cuestión que debe abordarse a la hora de analizar el derecho-deber de cursar la enseñanza básica obligatoria es la de su naturaleza jurídica, para lo cual es especialmente útil desentrañar el porqué de su ubicación sistemática global dentro del Capítulo II, Sección 1ª, del Título I. No parece coherente a primera vista incluir un derecho de prestación frente al Estado en el citado capítulo²⁴². La posición mayoritaria de la doctrina es la de considerar que la decisión del constituyente de regular el modelo educativo en el Capítulo II, Sección 1ª, del Título I de la Constitución se explica si se toma en consideración que los derechos fundamentales en materia de enseñanza no pueden ser concebidos sólo como una mera manifestación del Estado social, sino

²³⁸ Cfr. J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, pp. 127 y 128.

²³⁹ Para un análisis más pormenorizado de este derecho-deber, cfr. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en...*, cit. en nota 232, pp. 146 y ss.

²⁴⁰ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.

²⁴¹ Observación General nº 11 del CESCR, E/C.12/1994/4.

²⁴² Así lo hace notar A. Mª REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 67.

también como una exigencia de la autonomía individual²⁴³. Esto, unido a la especial circunstancia de que el sujeto primordial de la educación básica son los menores de edad, lleva al constituyente a configurar un derecho subjetivo a la educación especialmente reforzado a través de un deber de recibir enseñanza, y defendido por la cualificada protección que supone la aplicabilidad de los apartados 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución.

A estos argumentos, Redondo²⁴⁴ aporta uno adicional, que es la consideración de la enseñanza básica obligatoria como un auténtico mecanismo de defensa de la propia Constitución. Este carácter de la enseñanza básica obligatoria como adalid de la constitucionalidad española, que justificaría plenamente su inclusión en el elenco de derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, se basa en que la educación es fuente de integración del individuo en una sociedad que se rige por un concreto sistema de valores establecidos en nuestra Carta Magna. En definitiva, la Constitución se blinda, de cara al futuro, mediante la formación de individuos en los valores y principios por ella consagrados, a través de la enseñanza básica obligatoria²⁴⁵.

En consecuencia, para el niño el derecho a recibir una educación básica se configura como un derecho fundamental especialmente reforzado e indisponible por parte de padres o tutores²⁴⁶. En cuanto al Estado, si bien la carga que la Constitución le impone de garantizar la efectividad del sistema educativo y la gratuidad de la enseñanza básica es ciertamente onerosa, es innegable que asume también un considerable poder que se va a proyectar sobre unos sujetos especialmente vulnerables, como son los menores de edad²⁴⁷; poder que se traduce en la posibilidad de que el gobierno en el poder en cada momento configure un sistema educativo a su medida, no sólo en cuanto al contenido ideológico del currículo obligatorio, sino también en cuanto a métodos pedagógicos y organizativos.

²⁴³ Vid. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en...*, cit. en nota 232, p. 69; L. Mª DÍEZ-PICAZO, *Sistema de...*, cit. en nota 97, p. 495.

²⁴⁴ Cfr. A. Mª REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 74 y ss.

²⁴⁵ Vid. M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 25.

²⁴⁶ Analiza estas novedades F. J. DÍAZ REVORIO, *El derecho a...*, cit. en nota 99, p. 282.

²⁴⁷ Vid. L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 5.

Precisamente como reacción frente a ese poder del Estado —en la práctica del gobierno— en España están surgiendo, en las últimas décadas, nuevos conflictos educativos que trasladan el foco de interés de los padres, no tanto al efectivo acceso de los menores a la escolarización, sino a la cuestión de la obligatoriedad o no de cursar la enseñanza básica según el modelo de escolarización y curricular impuesto por el Estado. Es innegable que si hay un fenómeno que ha contribuido decisivamente a hacer realidad el derecho a la educación básica obligatoria, éste es el de la escolarización. El papel fundamental que la escolarización ha tenido en el desarrollo de las sociedades modernas ha determinado incluso que, hasta hace poco, la mayoría de los conflictos que se planteaban en nuestro país en relación con la educación se refiriesen precisamente a su aspecto prestacional y al efectivo acceso de los ciudadanos a la escuela en condiciones de igualdad²⁴⁸. Sin embargo, como he indicado, los conflictos relacionados con la educación han evolucionado hacia manifestaciones de rechazo al propio sistema educativo, ya sea en cuanto a la obligatoriedad de la escolarización, como ocurre en el *homeschooling*, ya sea referidos a la obligatoriedad de ciertos contenidos curriculares.

La necesidad de tratar el rechazo a la escolarización y a su obligatoriedad desde planteamientos jurídicos exquisitamente ajustados a la Constitución hace preciso buscar en nuestra Norma Fundamental la respuesta a dos preguntas: (1) ¿Identifica la Constitución la obligación de cursar la enseñanza básica obligatoria con la escolarización, o por el contrario ésta no es sino uno de los medios de que dispone legislador para lograr esa educación primaria de los menores?; y (2) ¿Atribuye la Constitución un contenido mínimo ineludible a la educación básica que no pueda ser ignorado en posibles modelos educativos no sujetos a la escolaridad?

La primera pregunta —si enseñanza básica obligatoria y escolarización obligatoria son la misma cosa, con lo que la opción de los padres de educar a sus hijos en casa quedaría fuera del marco constitucional— reclama una respuesta claramente negativa. Así se deduce de una adecuada lectura del artículo 27 de la Constitución y así parecen haberlo entendido también tanto nuestros tribunales como el propio legislador.

²⁴⁸ Hace un interesante repaso de estos conflictos A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, pp. 79 a 83.

Sí es cierto que hasta la reciente Ley de Educación de Cataluña²⁴⁹, el legislador español ha asimilado ambas obligaciones²⁵⁰, en la creencia de que es precisamente a través de la escolarización como mejor —y quizá también como únicamente— se asegura el derecho a la educación y la igualdad de todos los españoles a su acceso, pero no es ésta la única opción respetuosa con la Constitución²⁵¹. De hecho, el derecho-deber de la enseñanza básica obligatoria está subordinado al derecho a la educación, que es un derecho fundamental de toda persona por el hecho de serlo. Por lo tanto, los titulares de los derechos a la educación y a la enseñanza básica ni siquiera son los mismos que los sujetos al deber jurídico de escolarización²⁵². Mientras que los primeros se predicán de todo individuo, independientemente de su edad, el segundo está limitado a los menores entre seis y 16 años, según lo dispuesto en el artículo 4 de la LOE²⁵³.

Por ello, puede afirmarse que la Constitución no identifica enseñanza obligatoria con escolaridad, dejando la puerta abierta a opciones alternativas para cursar la educación básica requerida por el artículo 27 CE. Así lo ha manifestado el propio Tribunal Constitucional en su reciente sentencia de 2 de diciembre de 2010²⁵⁴, al señalar que “[e]l art. 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatoria, de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y 16 años el deber de escolarización en centros docentes homologados —y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción—, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del pluralismo político.”

²⁴⁹ *Vid. supra* nota 193.

²⁵⁰ *Vid. supra* nota 192.

²⁵¹ Indica Asensio cómo “el carácter socializador e integrador propio de la escolarización no puede hacernos olvidar que la escuela no tiene el monopolio socio-educativo, aunque en ella la educación y socialización se realice y perciba socialmente de forma más intensa”; M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 11. También, A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 123.

²⁵² A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, pp. 46 y ss.

²⁵³ *Vid. supra* nota 192.

²⁵⁴ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 7^o.

La respuesta a la segunda cuestión planteada —si la Constitución atribuye a la enseñanza básica un contenido mínimo— también la hallamos en el propio texto del artículo 27 CE, y más concretamente, en opinión de Redondo, en la interpretación conjunta de sus apartados 2 y 5²⁵⁵. En opinión de esta autora, a la que me adhiero, este contenido mínimo de la enseñanza básica estaría integrado por (1) los principios y valores democráticos, que deben inspirar todo el sistema educativo²⁵⁶; y por (2) los conocimientos y competencias básicos habilitantes para el acceso a un grado educativo superior o para el ejercicio de una profesión, determinados en cada momento en la programación general de la enseñanza que el legislador hace en los planes de estudio.

Así parece entenderlo también el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 31 de enero de 1997²⁵⁷ establece que: “a la finalidad de la educación se le asigna por el Texto Constitucional un contenido que bien merece la calificación de moral, entendida esta noción en un sentido cívico aconfesional: pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Este ámbito subjetivo y teleológico de la educación, fijado en los apartados 1 y 2, es el que delimita el sistema unitario y obligatorio que a todos alcanza”²⁵⁸.

²⁵⁵ Artículo 27.5 CE: “Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.”

²⁵⁶ A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 85 y ss. Recogen también esta toma de posición M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, pp. 25 a 27 y A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, pp. 152 y 153. Lo cuestiona sin embargo J. FERRER ORTIZ, “Los derechos...”, cit. en nota 94, pp. 17 y 18, al indicar que “algunas de estas consideraciones conducen a plantearse hasta qué punto la Constitución, como conjunto de principios y valores que deben ser asumidos por todos, puede ser considerada como código ético que informa la actividad docente en la escuela.” La dificultad estriba en precisar el concepto de “principios y valores democráticos”. Aunque exceda los límites de este trabajo, no puedo dejar de mencionar el riesgo que existe de que, a la hora de desarrollar su contenido, se caiga en la tentación de ir más allá de lo aceptado mayoritariamente por la sociedad y se pretenda usarlos como base de ciertas operaciones de ingeniería social fuertemente ideologizadas. En esos casos no es infrecuente que esa interpretación forzada de los principios y valores democráticos actúe más como elemento de división que de unión social, con los consiguientes efectos adversos también en el entorno escolar.

²⁵⁷ STS de 31 de enero de 1997 [RJ 1997/597], F.J. 2º.

²⁵⁸ Al hijo de lo señalado en la nota 256 anterior, me parece interesante la observación de Briones en relación con la sentencia del TS de que “es muy fácil confundir esa educación en una moral en el sentido cívico aconfesional de la que habla el Tribunal Supremo, con una educación filosófica o religiosa, cuando la realidad es que son muy distintas, ya que mientras el propósito de las segundas es la búsqueda de la verdad, la primera sólo pretende formar individuos que sostengan su comunidad política y que conduzcan sus vidas efectivamente dentro de ella”; en I. BRIONES MARTÍNEZ, “Aspectos controvertidos de la nueva Ley de Educación”, en *Educación y religión...*, cit. en nota 151, p. 40.

De lo dicho hasta ahora se deduce que, en su condición de derecho de libertad, el derecho a la educación del menor queda configurado como un derecho fundamental que debe tender como fin último al desarrollo de su personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, lo cual exige que éste reciba una formación de calidad en el marco de un sistema educativo flexible adaptado a sus necesidades. La materialización del derecho a la educación del niño se garantiza constitucionalmente mediante el establecimiento de un deber-obligación de cursar al menos la enseñanza básica obligatoria, que implica activamente a los tres sujetos de la relación jurídica educativa —menores, padres o tutores y poderes públicos—, sin que la educación básica obligatoria esté identificada en nuestro ordenamiento constitucional con el deber de escolarización. Por último, la educación se realiza mediante la enseñanza o transmisión tanto de valores como de conocimientos, enseñanza que en el marco de la educación básica obligatoria habrá de estar dotada de unos contenidos indispensables establecidos constitucionalmente²⁵⁹.

En efecto, para educar hay que enseñar. Es por ello que el artículo 27.1 CE reconoce, a renglón seguido del derecho a la educación, y cerrando la formulación completa de este derecho fundamental, la libertad de enseñanza²⁶⁰, configurándola como un derecho primario de libertad y de autonomía²⁶¹ que reclama la garantía de poder elegir el tipo de educación. Es un derecho a la educación en libertad²⁶².

4.1.3 La libertad de enseñanza en la educación del menor de edad

Las limitaciones de un trabajo de estas características no permiten que me detenga de manera exhaustiva en el análisis de la libertad de enseñanza, cuyo estudio

²⁵⁹ Así lo define también el TC en su sentencia 5/1981, de 13 de febrero [RTC 1981/5] (F.J. 7º): “[...] la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores [...]”

²⁶⁰ Vid. J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, “el “Homeschooling” en el derecho español”, en *RGDCDEE* 25 (2011), pp. 1 y 2.

²⁶¹ Para Llamazares el orden del artículo 27.1 no es casual, dado que la libertad de enseñanza es un derecho “parcialmente instrumental, al servicio de la realización real y efectiva” del derecho a la educación. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Educación e ideología*, Madrid, 2010, p. 16.

²⁶² Cfr. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en...*, cit. en nota 232, pp. 69 y 43.

pormenorizado ha sido por otra parte objeto de numerosos trabajos monográficos²⁶³. Mi objetivo es mucho menos ambicioso, y se limita a la indagación de aquellas de sus facultades que, de manera más directa e inmediata, están relacionadas con la formación del menor de edad en el concreto contexto de la educación en el hogar, así como en la particular conexión entre ésta y el derecho a la libertad de conciencia y religión²⁶⁴.

De la afirmación de que el derecho a la educación exige transmisión de conocimientos y valores se deduce²⁶⁵, en una sociedad democrática y diversa, no sólo que dicha transmisión debe poder ser realizada en libertad por una pluralidad de sujetos, sino principalmente que ha de poder llevarse a cabo desde una amplia diversidad de planteamientos religiosos, filosóficos o morales, o desde cualquier otra convicción o cuerpo de creencias que en la vida de una persona desempeñe una función equiparable a la de la religión en cuanto conjunto de ideas sobre el hombre de las cuales se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento individual²⁶⁶. Y es precisamente en este campo donde entra en juego la enseñanza, entendida como un derecho natural de libertad de la persona vinculado con el derecho a la libertad de expresión y también, muy especialmente, con el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión²⁶⁷. Como acertadamente se ha apuntado, en rigor, la lucha por la libertad de enseñanza debiera situarse en el marco de la lucha radical por la libertad de conciencia²⁶⁸. La enseñanza se articula como un derecho fundamental a elegir el tipo de educación, a aprender en libertad y a educar libremente²⁶⁹. Se trata por lo tanto de un derecho de libertad, y como tal, instrumento de

²⁶³ A demás de la bibliografía citada en este epígrafe, cfr., aunque ya cuenta con algunos años, el resumen de G. GÓMEZ ORFANEL, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y contenido (Un comentario bibliográfico)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 7, 1983, pp. 411 a 423.

²⁶⁴ Vid. J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, “El “Homeschooling” en...”, cit. en nota 260, pp. 1 y 2.

²⁶⁵ El TC ha definido la enseñanza en su sentencia de 13 de febrero de 1981, [RTC 5/1981], (F.J. 7º) como: “una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores.”

²⁶⁶ Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión derecho y sociedad*, Granada, 1999, p. 135.

²⁶⁷ Vid. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en...*, cit. en nota 232, p. 51; R. GOMEZ PÉREZ, “Las contradicciones de la libertad de enseñanza”, en *Persona y Derecho* 6 (1979), p. 121; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, pp. 72, 128 y 130.

²⁶⁸ Vid. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 14.

²⁶⁹ Lo ponen de manifiesto I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en...*, cit. en nota 232, pp. 48 a 50; y A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 71.

la primera de las “libertades del espíritu”²⁷⁰ que es la libertad de creencias, que implica no sólo el derecho a creer lo que se quiera, sino a actuar en consecuencia²⁷¹.

Así lo ha entendido también el propio Tribunal Constitucional, al señalar en el fundamento jurídico 7º de su sentencia de 13 de febrero de 1981²⁷² que “[I]a libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los artículos 16.1 20.1.a). Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmando en Roma el 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2.”

La libertad de enseñanza como proyección de la libertad ideológica y religiosa se erige, por tanto, como principio estructural del sistema educativo y piedra angular de la democracia²⁷³, en garantía del pluralismo social en el campo de la educación²⁷⁴. En efecto, se trata de un mecanismo de defensa de padres, discentes y educadores frente al riesgo de que el Estado pretenda monopolizar la formación de los menores, ya sea materialmente, imponiendo un modelo de escuela pública única, ya sea ideológicamente, por caer en la tentación de imponer un modelo educativo fuertemente ideologizado que recuerde a pasadas épocas de adoctrinamiento escolar²⁷⁵. Es más,

²⁷⁰ Usa la expresión, partiendo de la clásica afirmación de A. C. Jemolo, J. A. SOUTO PAZ “Libertad religiosa y de creencias”, en *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea*, (ed. J. MARTÍNEZ-TORRÓN), Granada, 2006, p. 2.

²⁷¹ Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Reynolds v. United States*, 98 U.S 145 (1879). Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión derecho...*, cit. en nota 266, p. 131. También A. Ollero, *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Pamplona, 2009, pp. 30 y ss.

²⁷² STC de 13 de febrero de 1981, [RTC 5/1981], F.J. 7º.

²⁷³ Vid. Mª D. FERRE FERNÁNDEZ, “El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos en España”, (coord. S. CATALÁ), *Sistema educativo y libertad de conciencia*, Cuenca, 2009, p. 63.

²⁷⁴ En A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1982, p. 238; Mª J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, “Reflexiones sobre el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos y la enseñanza de la religión en los centros públicos”, en *RGDCDEE* 14 (2007), p. 5; y A. Mª VEGA GUTIÉRREZ, “Objeciones de...”, cit. en nota 128, p. 339.

²⁷⁵ Cfr. L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 5; J. OTADUY, *Neutralidad ideológica...*, cit. en nota 87, pp. 3 y 4; J. FERRER ORTIZ, “Los derechos...”, cit. en nota 94, p. 3.

algunos autores llegan incluso a afirmar no ya que el contenido de la libertad de enseñanza consista en la libertad de los padres de familia para educar a sus hijos según sus convicciones, sino que precisamente la libertad de enseñanza es consecuencia de ese derecho originario de los padres a decidir la educación de sus hijos²⁷⁶, que hunde sus raíces en su derecho a la libertad religiosa y de conciencia.

Resulta por lo tanto sorprendente que, a primera vista, el artículo 27 CE no formule expresamente el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, limitándose a reconocerles en su apartado 3 un aparentemente más reducido derecho a la elección de una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Tampoco parece el Tribunal Constitucional haberlo tenido en cuenta a la hora de delimitar el contenido de la libertad de enseñanza²⁷⁷. Sin embargo, el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos sí está contemplado en nuestra Carta Magna²⁷⁸. En efecto, los constituyentes se aseguraron de que dicho derecho quedase incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante un interesante mecanismo de remisión.

Como he anticipado en la breve introducción histórica a los derechos educativos en España, el artículo 27 CE fue resultado del complejo compromiso que las fuerzas políticas mayoritarias alcanzaron en el periodo constituyente en relación con la controvertida cuestión de los derechos educativos. Consecuencia de ese consenso es que

²⁷⁶ Cfr. M^a D. FERRE FERNÁNDEZ, “El derecho...”, cit. en nota 273, p. 63; G. MORENO BOTELLA, “Educación diferenciada...”, cit. en nota 129, p. 6. No existe unanimidad en la doctrina a la hora de interpretar que el derecho de los padres a escoger la educación para sus hijos forme parte de las facultades de la libertad de enseñanza. Mientras algunos autores sitúan este derecho dentro de un derecho más general a la enseñanza, otros por el contrario le niegan este carácter, dotándolo de autonomía propia. Analizan ambas posturas F. J. DÍAZ REVORIO, *El derecho a...*, cit. en nota 99, pp. 277 y 278; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, p. 129.

²⁷⁷ STC de 13 de febrero de 1981, [RTC 5/1981], F.J. 7º: “En cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1.c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador.”

²⁷⁸ Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, “El artículo 27 de la Constitución española”, en *Educación y democracia...*, cit. en nota 85, pp. 78 a 80.

el artículo 27 CE únicamente hace referencia expresa al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral acorde a sus convicciones, lo cual podría ser interpretado en el sentido de que la Constitución no reconoce a los padres más prerrogativa que la de elegir una escuela privada con un determinado ideario o que la de poder exigir de los centros públicos el respeto a sus opciones morales o religiosas. Sin embargo, como aclara Mantecón, esta aparente limitación de los derechos paternos de elección quedó salvada no sólo por el reconocimiento genérico de la libertad de enseñanza del apartado 1 del mismo artículo 27, sino muy particularmente como consecuencia de la incorporación al texto constitucional por el Senado del segundo apartado del artículo 10 CE²⁷⁹. Recordemos que el artículo 10.2 CE remite, para la interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades en ella reconocidas, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales suscritos por España²⁸⁰.

Es más, precisamente la incorporación de un segundo apartado al artículo 10 en el tenor literal indicado, se justificó en la intención de que una remisión al artículo 26.3 DUDH subsanase la ausencia en el artículo de la Constitución dedicado a la educación, de mención expresa al genérico derecho los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos²⁸¹. En efecto, la libertad de enseñanza que reconocen los textos internacionales²⁸² tiene, como una de sus manifestaciones fundamentales, el derecho de los padres de familia a educar a sus hijos según sus convicciones, convicciones que no se circunscriben a principios morales o religiosos —aunque, naturalmente, los incluyen—, sino que pueden extenderse a otras preferencias que alcancen el suficiente grado de relevancia y coherencia.

La pregunta que se plantea inmediatamente es: ¿dónde está el límite de esa manifestación de la libertad de conciencia en el campo de la enseñanza que faculta a los padres a elegir la educación que quieran para sus hijos? En una sociedad plural como la

²⁷⁹ J. MANTECÓN SANCHO, “El derecho de los padres...”, cit. en nota 113, p. 6.

²⁸⁰ Para un detallado análisis del proceso de gestación del artículo 27 CE, *vid.* R. M^a SATORRAS FIORETTI, *La libertad de enseñanza en la Constitución Española*, Madrid, 1998, pp. 21 y ss.

²⁸¹ Cfr. J. MUÑIZ, *Los derechos...*, cit. en nota 219, p. 346; F. J. DIAZ REVORIO, *El derecho a...*, cit. en nota 99, p. 270.

²⁸² *Vid.* textos reproducidos en el apartado 3.3 del presente trabajo.

que caracteriza las sociedades del siglo XXI, ¿se podría llegar a plantear un sistema educativo “a la carta” para cada caso concreto²⁸³? No compete al Estado proporcionar todos los tipos de educación posibles²⁸⁴, pero un reconocimiento formal de la libertad de enseñanza puede suponer el desconocimiento efectivo de los derechos de los padres, si la declaración del derecho no va acompañada de la creación de las condiciones reales que posibiliten su ejercicio a todos aquellos a quienes el derecho ha sido reconocido²⁸⁵.

Por ello, frente a esa paradójica versión del Estado liberal que insiste en acaparar el protagonismo en el ámbito educativo²⁸⁶, y aun sin propugnar necesariamente el principio de subsidiariedad de los poderes públicos en la enseñanza, surge la conveniencia de que la norma jurídica, desde la libertad de conciencia proyectada en la libertad de enseñanza, permita acceder a los distintos tipos de educación que solicitan o puedan solicitar los padres desde sus convicciones, religiosas o de otra índole. Y es que la pluralidad de ofertas educativas debe entenderse como posibilidad real, no sólo como posibilidad permitida y limitada.²⁸⁷ La elección de los padres puede referirse a una educación en un cierto entorno confesional, o en un centro público, o a una educación diferenciada, o incluso a una educación en casa. Análogamente a lo que algunos autores reclaman para la educación diferenciada²⁸⁸, el *homeschooling* debería ser una alternativa entre los diferentes modelos pedagógicos existentes, aunque siempre, no lo olvidemos, dentro de los parámetros del derecho a la educación delimitados en el epígrafe anterior.

Todo lo argumentado en este epígrafe hasta el momento me lleva a realizar una afirmación adicional, y es que libertad reconocida a los padres de elegir el tipo de educación de sus hijos no puede estar vinculada exclusivamente a la creación de centros

²⁸³ L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 224.

²⁸⁴ Así se deduce de lo argumentado por la STS 1997/597, de 31 de enero, en su F. J. 2º; J. MANTECÓN SANCHO, “El derecho de los padres...”, cit. en nota 113, p. 3. Vid. también A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, p. 178.

²⁸⁵ Vid. J. ORLANDIS, “El derecho a la libertad escolar”, en *Persona y Derecho* 6 (1979), p. 116.

²⁸⁶ Cfr. J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, “El “Homeschooling” en...”, cit. en nota 260, p. 3.

²⁸⁷ Vid. I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en...*, cit. en nota 232, pp. 42 y 43.

²⁸⁸ Cfr. G. MORENO BOTELLA, “Educación diferenciada...”, cit. en nota 129, p. 3.

docentes con un ideario propio²⁸⁹. Sin duda, la libertad de creación de centros es un medio para hacer efectiva la libertad de enseñanza, pero sería inaceptable —por infundado— concebirlo como el único²⁹⁰. En abstracto, nada parece oponerse a entender que la libertad de educar a los hijos en casa es otro de los medios legítimos para ese mismo fin. Por supuesto, correspondería a los poderes públicos, en el desarrollo de sus facultades constitucionales de programación, inspección y homologación del sistema educativo, dotar a la educación en casa de un marco legal y administrativo que garantizase la adecuación de esta manifestación de la libertad de enseñanza al cumplimiento de los fines de la educación que establece el artículo 27.2 CE²⁹¹.

Por lo tanto, entiendo que la educación en casa es consecuencia de la libertad de enseñanza en su concreta manifestación del derecho que la Constitución reconoce a los padres de elegir la educación que desean para sus hijos, ya sea en su formulación genérica del artículo 27.1 CE, ya sea en su concreción del artículo 27.3 CE, directamente heredada del artículo 13 del PIDESC.

Tal vez sorprenda esta afirmación, dado que lo habitual a la hora de enfrentarse a la cuestión de la objeción de conciencia a la escolarización obligatoria en nuestro país, ha sido analizarla a la luz del derecho reconocido a los padres en el artículo 27.3 CE de que los poderes públicos garanticen la formación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus convicciones²⁹². Sin embargo, entiendo que a partir del momento en que se reconoce la genérica referencia a la libertad de enseñanza del segundo inciso del

²⁸⁹ Cfr. A. EMBID IRUJO, *Las libertades en...*, cit. en nota 274, pp. 226 y 237 a 240; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, p. 143; y A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 59.

²⁹⁰ Vid. A. EMBID IRUJO, *Las libertades en...*, cit. en nota 274, p. 226; A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, p. 214. Para Martí Sánchez el *homeschooling* es un desarrollo del derecho fundamental a crear centros educativos; J. M^a MARTÍ SÁNCHEZ, “El “Homeschooling” en...”, cit. en nota 260, p. 33.

²⁹¹ Vid. A. CASTRO JOVER, “Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación”, en *Laicidad y libertades 2* (2002), pp. 113 y 114. Límites ya marcados para la creación de centros docentes y el establecimiento de un ideario propio, por la STC 1981/5, de 13 de febrero, [RTC 5/1981], F.J. 8º.

²⁹² Así lo ha hecho la doctrina en los todavía escasos trabajos que se han publicado en relación con la educación en el hogar en España, y así lo han hecho también nuestros tribunales de justicia, como tendremos ocasión de desarrollar más ampliamente en el apartado 4.2 siguiente. M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 41; L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, pp. 224 y ss.

artículo 27.1 CE como comprensiva del derecho de los padres a elegir una educación acorde con cualquier código de creencias que tiene especial relevancia dentro de la escala de valores del individuo, se salva la limitación que supone la tradicional interpretación del artículo 27.3 CE como regulador de un derecho de prestación²⁹³.

Se ha dicho que todo derecho de libertad acaba convirtiéndose en un derecho de prestación, especialmente por aplicación del artículo 9.2 de la Constitución²⁹⁴. El derecho de los padres reconocido en el artículo 27.3 CE es la concreción de una manifestación particular de la libertad de enseñanza²⁹⁵ referida a las convicciones morales y religiosas, que tradicionalmente se ha entendido que opera como límite de las facultades reconocidas al Estado en materia de organización y programación del sistema educativo, de modo que su ámbito propio de ejercicio es la escuela²⁹⁶. Se trata, por lo tanto, de un derecho que, en su dimensión negativa, velaría por la neutralidad del sistema educativo y de los contenidos curriculares, dado que faculta a los padres a optar, en el colegio, por que sus hijos no reciban un determinado tipo de educación religiosa o moral, o para oponerse a que reciban la que sea contraria a sus propias convicciones²⁹⁷. Es, en suma, un derecho orientado a asegurar que en la escuela existan neutralidad y pluralismo interno. Por el contrario, el más genérico y amplio derecho de los padres a elegir el tipo de educación, pretende garantizar la existencia de un pluralismo educativo externo que dé respuesta a sus legítimas preferencias educativas, incluso más allá del campo moral o religioso²⁹⁸.

²⁹³Cfr. A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 121.

²⁹⁴ La expresión es de Souto Paz: J. A. SOUTO PAZ “Libertad religiosa...”, cit. en nota 270, p. 4. Cfr. también B. GONZÁLEZ MORENO, *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, 2003, pp. 248 y 249.

²⁹⁵ No todos los autores coinciden en considerar el derecho de los padres a elegir la formación moral y religiosa de sus hijos como parte del contenido de la libertad de enseñanza. Así, D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Educación...*, cit. en nota 261, p. 29.

²⁹⁶ Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, “School and religion in Spain”, en *Journal of Church and State* 47 (2005), p. 139.

²⁹⁷ Cfr. L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 12.

²⁹⁸ El “pluralismo interno” o “pluralismo en el centro” se refiere al principio de neutralidad estatal y requiere la renuncia a cualquier tipo de adoctrinamiento en el seno de los centros públicos de enseñanza, mientras que el “pluralismo externo” o “pluralismo de centros” conduce a la negación del monopolio docente del Estado. A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, p. 155; J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a...*, cit. en nota 89, p. 147.

Por ello, a nuestro entender, el fundamento constitucional de la educación en casa no debe buscarse en la garantía del respeto a las convicciones morales y religiosas de los padres, sino en su amplio derecho a elegir la educación acorde con sus convicciones —sin adjetivos— de sus hijos. Y es que, incluso en el supuesto de que efectivamente el derecho formulado en el artículo 27.3 CE pudiese interpretarse en el sentido de justificar no sólo un pluralismo educativo interno circunscrito a la organización y planificación del sistema, sino un más amplio pluralismo externo²⁹⁹, el hecho de fundamentar una tercera vía alternativa al actual binomio escuela pública-escuela privada, limitada a motivaciones religiosas o filosóficas, resultaría discriminatorio³⁰⁰. Si dirigimos nuestra mirada a aquellos países en que la educación en casa está legalmente configurada como una alternativa a la escuela institucional, constatamos cómo no se trata de una modalidad educativa puesta a disposición únicamente de aquellos padres que acreditan motivos religiosos para realizarlo. Simplemente se trata de una manifestación de esa facultad de la libertad de enseñanza que es el derecho de los padres a elegir cómo deben ser educados sus hijos, sin más indagación en causas, motivaciones o metodologías que las necesarias para constatar el bienestar del menor y el cumplimiento de su derecho a la educación. Esa elección, ya lo he señalado, puede consistir en una escolarización en un centro educativo público estatal, en una institución privada con un concreto ideario, o en una educación en casa, en la que serían los padres, y no los poderes públicos, quienes velasen porque, además de en la enseñanza básica, los menores fuesen educados según sus propias convicciones.

Ello no quiere decir sin embargo que el artículo 27.3 CE quede vacío de contenido en una hipotética educación en el propio hogar. Al igual que la educación en casa no hace desaparecer, ni debilita, el deber que la Constitución impone a los poderes públicos de vigilar que los fines y objetivos del derecho a la educación previstos en el

²⁹⁹ Esta es la interpretación que parece hacer el Tribunal Supremo en el FJ 4º de la famosa sentencia del caso “Niños de Dios”, de 30 de octubre de 1994: “el derecho fundamental a la educación compromete a los poderes públicos en la tarea de colaborar y ayudar a su efectiva realización pero no se interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores.” Se analiza esta sentencia en detalle en el apartado 4.2 siguiente.

³⁰⁰ En este mismo sentido se orienta la crítica de Valero Heredia en relación con la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Wisconsin v. Yoder* al que ya hice mención en el apartado 2.1 anterior. A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, p. 218.

apartado 2 del artículo 27 CE se cumplan, del mismo modo no se vería afectada la limitación que para el Estado supone el derecho del artículo 27.3 CE. En su regulación legal del *homeschooling*, y particularmente a la hora de establecer contenidos docentes mínimos, el Estado habría de mantener la misma neutralidad que se le exige en la organización y programación de la enseñanza institucional.

Así pues, de igual manera que, desde 1978 y hasta la actualidad, la libertad de enseñanza ha permitido la coexistencia en España de centros educativos públicos o privados, debería en el futuro servir de base a la posibilidad de que existan otras alternativas educativas libre y responsablemente elegidas por los primeros responsables de la educación de sus propios hijos, los padres.

En consecuencia, la libertad de enseñanza operaría como fundamento de la regulación legal del *homeschooling*, mientras que el derecho a la educación del menor, entendiendo como tal el que se ha descrito en el epígrafe anterior, operaría a la vez como objetivo y como límite a esa manifestación de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos que es la educación en casa³⁰¹.

4.2 La educación en casa en la jurisprudencia española

El hecho de que, hasta ahora, el legislador español haya optado por no regular la educación en el hogar no ha impedido que el *homeschooling* haya encontrado eco en nuestra sociedad, ni que, en consecuencia, haya generado una serie de conflictos que se han resuelto ante los tribunales de justicia.

Hasta la reciente sentencia de 2 de diciembre de 2010³⁰², la jurisprudencia española, y muy especialmente el Tribunal Constitucional, no había entrado a valorar a fondo la cuestión de la educación en casa, limitándose a decidir sobre la tipicidad penal de la no escolarización, sobre la imposición forzosa de la escolarización o incluso sobre la procedencia o no de la asunción de la tutela de los menores no escolarizados por los

³⁰¹ Cfr. A. EMBID IRUJO, *Las libertades en...*, cit. en nota 274, p. 211.

³⁰² STC 133/2010, de 2 de diciembre [RTC 2010/133].

poderes públicos³⁰³. En ausencia de norma específica, los órganos jurisdiccionales habían acudido a la aplicación casuística de criterios de proporcionalidad para resolver los conflictos judiciales planteados por las objeciones de conciencia al sistema educativo institucional en su conjunto³⁰⁴. Así, los tribunales habían realizado un ejercicio de ponderación de los distintos derechos en liza³⁰⁵, analizando las circunstancias concurrentes en cada supuesto y atendiendo especialmente al interés del menor y a la repercusión de la no escolarización en su asistencia moral o material³⁰⁶.

La primera vez que se planteó judicialmente en España la cuestión de la negativa genérica a la escolarización de menores por razones religiosas, fue en el caso conocido como “Niños de Dios”, que presenta importantes similitudes —y significativas diferencias— con el ya comentado caso *Wisconsin v. Yoder* debatido en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la década de los setenta del siglo pasado³⁰⁷.

En el año 1990, tras constatar la no escolarización de veintidós menores por parte de sus padres, y ante la posible situación de riesgo que para la salud física y mental de éstos podía suponer su permanencia en una organización sospechosa de ser una secta y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales, el Juzgado de Instrucción de Sabadell autorizó la intervención de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña. A raíz de esta intervención, se declaró el desamparo de los menores y la autoridad pública procedió a asumir su tutela legal por resoluciones de 10 de julio de 1990. Estas resoluciones desencadenaron un procedimiento judicial que concluyó en 1994 con sendas sentencias tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo.

³⁰³ Cfr. L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, pp. 30 y ss.

³⁰⁴ Esta aplicación del principio de proporcionalidad opera como canon de constitucionalidad de la actividad del juez, que al interpretar la norma no crea derecho, sino que indaga en los límites inmanentes derivados de la necesidad de articular los distintos preceptos constitucionales reconocedores de derechos y que preexisten a su intervención. M^a C. VIDAL FUEYO, “Cuando el derecho...”, cit. en nota 102, pp. 309 y ss.

³⁰⁴ Vid. J. FERRER ORTIZ, “Los derechos...”, cit. en nota 94, p. 1.

³⁰⁵ Vid. L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 57.

³⁰⁶ Cfr. J. EGEA FERNÁNDEZ, “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre la SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)”, en *Derecho Privado y Constitución* 5 (1995), p. 277.

³⁰⁷ Vid. *supra* apartado 2.1.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 3 de octubre de 1994³⁰⁸ desaprovecha la ocasión de entrar a valorar la cuestión de la falta de escolarización de los menores previa a la intervención de la Generalidad, y centra su argumentación en determinar si las resoluciones judiciales de la Audiencia Provincial de Barcelona por las que se reintegró la patria potestad de los menores a sus padres infringieron el artículo 27 CE. Sin embargo, el Magistrado Vicente Gimeno Sendra formuló un voto particular en el que, discrepando del fallo, entendió vulnerados tanto el derecho a la tutela como el derecho a la educación de los menores involucrados, lamentando que la sentencia no hubiese entrado a valorar el fondo del recurso de amparo en el sentido de declarar infringido el “derecho a la educación del artículo 27.1”. En opinión de este Magistrado, el derecho a la educación no puede ser interpretado como la total libertad de los padres para orientar a sus hijos hacia las convicciones morales, religiosas y filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual, sino que consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado obligatoriamente. Por ello, ante el conflicto de intereses entre la voluntad de los padres y el interés de los hijos, no se puede admitir que la libertad religiosa ampare “un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente”³⁰⁹.

En relación con los mismos hechos, el Tribunal Supremo resolvió por sentencia de 30 de octubre de 1994³¹⁰ sobre del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona ya mencionada. El Tribunal desestimó el recurso, señalando que: “las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones y la libertad de creación de centros docentes. En este terreno se crea un amplio marco que permite variadas opciones educativas, si bien hay una frontera que el legislador considera insuperable: toda tarea educativa se debe desarrollar dentro del respeto a los principios constitucionales. Las técnicas educativas y los modelos pedagógicos pueden ser

³⁰⁸ STC 260/1994, de 3 de octubre.

³⁰⁹ *Ibid.*, voto particular.

³¹⁰ STS 1669/1994, de 30 de octubre.

diversos pero en ningún caso sobrepasar las líneas, necesariamente inmodificables, de los valores constitucionales.”³¹¹ A este límite de los valores constitucionales el Tribunal Supremo añade casi a renglón seguido el de la “necesidad de proteger a la juventud y a la infancia.”

Continúa argumentando la sentencia, en su fundamento jurídico 4º que: “el derecho fundamental a la educación compromete a los poderes públicos en la tarea de colaborar y ayudar a su efectiva realización pero no se interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores.”³¹²

La argumentación sostenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de octubre de 1994 fue retomada dos años más tarde por la Audiencia Provincial de Granada³¹³. En este caso, el tribunal granadino entró a conocer de un supuesto incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad por parte de una madre que se negaba a escolarizar a sus tres hijos menores de edad. En su fundamento jurídico 2º, la sentencia señala cómo el artículo 27.1 CE cualifica el derecho a la educación “reconociendo la libertad de enseñanza, que debe incluir, aunque no tenga formulación expresa, pero que se deriva necesariamente del principio de libertad, el derecho de los padres a escoger el tipo, método o clase de educación siempre que cumpla los límites mínimos exigibles”, señalando a continuación que, en virtud del artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 26.3 de la DUDH que establece que los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos. Sin embargo, la sentencia no va más allá, argumentando que “el problema de decidir si existe un derecho público de libertad, materializado en la posibilidad de creación de centros de enseñanzas, más o menos amplia, o ese derecho de libertad de educación propia para los menores bajo la guarda, custodia y asistencia se constriñe a

³¹¹ *Ibid.*, F.J. 2º.

³¹² *Ibid.*, F.J. 4º.

³¹³ Sentencia de la AP de Granada (Sección 2ª) 112/1996, de 29 de febrero.

optar necesariamente entre los centros existentes nacidos al amparo de esa libertad de enseñanza, pero reconocidos administrativamente, debe ser resuelto en jurisdicciones [...] ajenas a lo penal en principio.” Con todo, concluye la sentencia entendiendo que la conducta de la madre no entra en el tipo del artículo 584.1 del Código penal, al haber quedado acreditado que la formación que reciben los niños de la Asociación encargada de su educación cuenta con un modelo y plan de creación autónoma, pero dotado de asesoramiento y sistemas similares a los de la LOGSE³¹⁴.

Una cuestión similar a la que motivó la intervención de los servicios sociales de la Generalidad de Cataluña en el caso de los “Niños de Dios” es la que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre de 1999³¹⁵. En este supuesto se cuestiona el cumplimiento de las obligaciones paterno-filiales de un padre que había internado a su hijo en la llamada “Colonia Niño Sergio”. La Audiencia vuelve a entender que no existe situación de desamparo por el hecho de que un padre haya querido para su hijo una “concreta formación, porque la considere más completa que la convencional y mayoritaria en nuestro entorno cultural”, lo que a juicio del órgano jurisdiccional “indica un interés en que su hijo reciba, desde sus convicciones, artículo 27.3 de la Constitución, la mejor formación que entienda puede recibir. Un padre que actúa con tales criterios no puede decirse que se desentienda de su hijo, que lo tenga abandonado”³¹⁶.

En la misma línea de no asimilar necesariamente falta de escolarización con abandono de familia, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 16 de diciembre de 2009³¹⁷. Nuevamente motiva la intervención de la justicia la negativa de unos padres a escolarizar a sus hijos menores de edad por estar siendo educados en casa, lo que plantea la cuestión de si han incurrido en un presunto delito de abandono de familia por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Si bien la Audiencia Provincial de Teruel eludió pronunciarse acerca de si existe o no en España un derecho de los padres a educar a sus hijos al margen del sistema educativo

³¹⁴ *Ibid.*, F.J. 5º.

³¹⁵ Sentencia de la AP de Sevilla (Sección 6ª) 829/1999, de 23 de noviembre.

³¹⁶ *Ibid.*, F.J. 3º.

³¹⁷ La sentencia de la AP de Teruel se puede consultar a texto completo en <http://educacionlibre.org/inicimarc.htm> (Consultado el 25 de abril de 2011).

establecido por el Estado, entiende que la no escolarización no es por sí misma determinante de la comisión del delito de abandono de familia. Es interesante la reflexión de la sentencia de que “educar equivale a desarrollar las facultades intelectuales y morales de una persona, y ello puede lograrse dentro o fuera del sistema educativo establecido por el Estado, mientras que escolarizar es un término más restringido que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, implica el proporcionar al individuo unos determinados conocimientos y competencias previamente definidos, proporcionados y evaluados por el Estado a través de unos determinados centros homologados por el mismo. Por lo tanto la obligación de escolarizar tiene un sentido más restringido que la obligación de educar.” Añade la sentencia que, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, “la falta de escolarización de los menores, cuando viene motivada, como en el presente caso ocurre, en una libre decisión de los padres, que han optado por un sistema alternativo de educación, basando su decisión en consideraciones pedagógicas o académicas, y no viene unida a una situación de desamparo o riesgo social del menor, no es susceptible de integrar el tipo penal del delito de abandono de familia”³¹⁸.

Vemos, pues, cómo los tribunales españoles se habían venido mostrando mayoritariamente favorables a entender que el derecho fundamental a la educación no impedía admitir modelos de educación basados en la enseñanza en el propio domicilio, siempre que con ellos se satisficiera el derecho del menor a ser educado de acuerdo con los mandatos constitucionales³¹⁹.

4.2.1 La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010

La línea seguida tanto por el Tribunal Supremo como por la jurisprudencia inferior de valorar de forma casuística la situación de los menores no escolarizados, sin entender apriorísticamente que el concepto del derecho a la educación incluye necesariamente la obligatoriedad de la escolarización, tuvo una primera quiebra con la sentencia de 6 de junio de 2005 de la Audiencia Provincial de Málaga³²⁰. Haciendo

³¹⁸ *Ibid.*, F.J. 2º.

³¹⁹ Cfr. L. RUANO ESPINA, “El derecho a...”, cit. en nota 106, p. 57.

³²⁰ Sentencia de la AP de Málaga 548/2005, de 6 de junio.

suya textualmente la opinión expresada por el Magistrado Gimeno Sendra en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994³²¹, la Audiencia desestimó un recurso contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín por la que se ordenaba la escolarización obligatoria de cinco menores de edad. Alega la Sala que nos hallamos ante “un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres (que subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de la enseñanza en el seno de una o varias familias) y los intereses de los hijos”, afirmando que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos “no ampara otro supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente”³²². Es más, entiende la Audiencia que la escolarización está integrada en el concepto básico de educación “no sólo por los beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones”, afirmando a continuación cómo la formación dentro de la propia casa o comuna ni puede ser considerada como escolarización, ni es “eso lo mínimo que la Sociedad actual permite dentro del progreso alcanzado en materia social.”³²³

Recurrida la resolución de la Audiencia Provincial de Málaga ante el Tribunal Constitucional, éste ha denegado el amparo solicitado basándose en dos motivos de desestimación. El primero de ellos es que la imposición del deber de escolarización previsto en los artículos 9.2 de la LOCE y 4.2 de la LOE no llega a tener relevancia constitucional³²⁴, ya que los motivos alegados por los demandantes en ningún caso pueden justificar una educación al margen del sistema de escolarización obligatoria al no ser ni religiosos ni morales, sino pedagógicos, y por lo tanto no estar recogidos en el artículo 27.3 de la Constitución³²⁵. El segundo es que, aún cuando se hubiesen alegado motivaciones que hubiesen encontrado acomodo en el artículo 27.3 CE, la imposición del deber jurídico de escolarización de los niños entre seis y 16 años constituye un

³²¹ *Vid.* nota 308.

³²² *Ibid.*, F.J. 3º.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 6º.

³²⁵ *Ibid.*, F.J. 5º.

límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en el propio artículo 27, y por no generar una restricción desproporcionada al derecho reconocido en el precepto alegado³²⁶.

El Tribunal Constitucional, si bien admite que la escolarización obligatoria no viene impuesta por la Constitución³²⁷ y sólo es “una de las posibles configuraciones del sistema entre las que [el legislador] puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del pluralismo político”³²⁸, constata igualmente que las leyes de educación configuran la existencia de un deber legal para los padres de escolarizar a sus hijos³²⁹, por lo que no sólo no existe laguna legal en esta materia, sino que además cualquier actuación contraria al cumplimiento de ese deber resultaría antijurídica³³⁰.

En cuanto a la alegación de que el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos podría comprender la no escolarización basada en motivos pedagógicos, el Tribunal afirma con rotundidad que esta opción “no está comprendida, ni siquiera *prima facie*, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el artículo 27 CE reconoce”, ya sea la libertad de enseñanza o el propio derecho de todos a la educación, y para fundamentar su posición realiza una interpretación del artículo 27 CE a partir de la DUDH, del CEDH y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En relación con la libertad de enseñanza, el Tribunal circunscribe el derecho reconocido a los padres por el artículo 27.1 CE, y que “habilita a estos, como a cualquier persona, a enseñar a otros” a formar libremente a sus hijos “fuera del horario escolar” y “sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización”, restringiendo las facultades de los progenitores en cuanto a la enseñanza básica de los menores a la de

³²⁶ *Ibid.*, F.J. 7º.

³²⁷ *Ibid.*, F.J. 9º.

³²⁸ *Ibid.*, F.J. 7º.

³²⁹ En el artículo 9 de la LOECE (vigente en el momento de dictarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga), y en el artículo 4.2 de la actual LOE.

³³⁰ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 4º.

“crear un centro docente cuyo proyecto educativo, [...] se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.”³³¹

Por lo que se refiere al derecho de los menores a la educación en su sentido de derecho de libertad, entiende el Tribunal que éste no alcanza a proteger “la decisión de los padres a no escolarizar a sus hijos”, limitando las facultades de los padres para determinar el tipo de educación que deben recibir los menores a la elección de centro docente y al derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, derecho que “no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos”, sino a razones de índole pedagógica³³².

Rechazada la admisibilidad de cualquier hipotética pretensión de no escolarización de los hijos basada en razones pedagógicas, el Tribunal Constitucional cierra también la puerta a supuestos de educación en el hogar fundamentados en razones de orden moral o religioso sí amparadas por el artículo 27.3 CE. Para ello el Tribunal realiza un doble ejercicio de análisis de las disposiciones contenidas en el artículo 27 CE y de ponderación de la limitación al derecho fundamental que nuestra Carta Magna reconoce a los padres en cuanto a la educación religiosa y moral de sus hijos.

A la hora de valorar el contenido del artículo 27 CE, el Tribunal llega a la conclusión de que la opción del legislador de equiparar la enseñanza básica obligatoria con un periodo de escolarización obligatoria “encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste, que “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE)”. Igualmente, entiende el Tribunal que esta opción es la que mejor se compadece con lo dispuesto en los

³³¹ *Ibid.*, F.J. 5º a.

³³² Aunque sea tangencialmente, no podemos menos que constatar el hecho de que el TC se refiera al derecho de los padres reconocido en el artículo 27.3 CE al referirse al derecho a la educación, cuando él mismo ha destacado anteriormente cómo éste forma parte realmente del derecho a la libertad de enseñanza. Así, en su sentencia de 13 de febrero de 1981 señalaba el TC cómo “del principio de libertad de enseñanza se deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3).” (STC 5/1981, de 13 de febrero [RTC 1981/5], F.J. 7º).

apartados quinto y octavo del mismo artículo 27 CE en relación con el deber de los poderes públicos de programar la enseñanza y de inspeccionar y homologar el sistema educativo³³³. Estos argumentos sirven de base al Tribunal para afirmar que “incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 27.3, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos”³³⁴.

Tampoco encuentra el Tribunal en la imposición del deber jurídico de escolarización “una restricción desproporcionada” del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, dado que, argumenta la sentencia, la finalidad del derecho a la educación prevista en los dos primeros apartados del artículo 27 CE “se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización”³³⁵. Insiste además la sentencia en que nada impide a los padres educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas fuera del horario escolar y durante los fines de semana, o hacer uso del derecho que la Constitución les reconoce a crear centros docentes³³⁶.

Finaliza la sentencia del Tribunal Constitucional con una referencia a una posible futura regulación de “otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)”.

³³³ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 7º a.

³³⁴ *Ibid.*, F.J. 7º b.

³³⁵ *Ibid.*, F.J. 8º b.

³³⁶ *Ibid.*, F.J. 8º c.

Son muchos los comentarios y perplejidades que suscita esta reciente sentencia del Tribunal Constitucional.

En relación con el primer motivo de desestimación, sorprende en primer lugar el tratamiento que las opciones pedagógicas de los padres en cuanto a la educación de sus hijos merecen para el Tribunal. Al negar la sentencia que preferencias de índole pedagógica puedan justificar un supuesto de no escolarización, lo hace desde la rotunda afirmación de que éstas no tienen cabida ni en el derecho a la educación ni en la libertad de enseñanza reconocidos en el artículo 27 CE. Es más, aunque la sentencia lo formule sentido negativo, llega a apuntar en un primer momento que la respuesta podría ser diferente si los motivos alegados para la no escolarización estuviesen fundados en el derecho reconocido a los padres por el artículo 27.3 CE, al señalar que más allá de la libertad de los padres para elegir centro docente y su correspondiente derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, “el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad, no alcanza a proteger, siquiera *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado.”

Así pues, el Tribunal entiende que, *a priori*, los únicos motivos que podrían alegar unos padres para justificar la no escolarización de los menores bajo su tutela habrían de ser morales o religiosos, que son los únicos garantizados a los padres en la Constitución, mientras que las razones de orden pedagógico sólo justificarían un derecho de éstos a crear un centro docente o a elegir otro ya existente que se acomode más a sus preferencias pedagógicas. Para justificar esta afirmación, el Tribunal acude a la exégesis del artículo 27 de la Constitución a la luz de los preceptos que en el derecho internacional regulan el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, comenzando por el artículo 26.3 DUDH. Y aquí hallamos la primera perplejidad.

Afirma el Tribunal que el artículo 26.3 DUDH en ningún caso puede entenderse “en el marco del art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro art. 27.3 CE operaría como especie, una formulación genérica de este último que, por lo demás ha de interpretarse

sistemáticamente en relación con el art. 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que la ‘instrucción elemental será obligatoria’”.

En primer lugar, el Tribunal parece incurrir en el no infrecuente error de asimilar la obligatoriedad de la “instrucción elemental” con la obligatoriedad de la “escolarización”, que en ningún momento menciona la DUDH. Pero sin duda lo que más sorprende en la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del artículo 26 de la DUDH es la afirmación de la inexistencia de una relación género-especie entre su apartado 3 y el artículo 27.3 de nuestra Constitución, cuando la realidad es que precisamente el derecho de los padres a elegir la instrucción religiosa y moral que han de recibir sus hijos es una concreción del más genérico derecho paterno a escoger el tipo de educación de los hijos, derecho que si bien no es expresamente mencionado en nuestro texto constitucional, no fue ignorado por el constituyente español. Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad en estas páginas³³⁷, el derecho que el artículo 27.3 de la Constitución reconoce a los padres en el ámbito moral y religioso, es expresión de la más amplia libertad de los padres para elegir el tipo de educación de sus hijos implícitamente reconocida en la libertad de enseñanza del apartado 1 del propio artículo 27 de nuestro Texto Fundamental³³⁸ y directamente entroncada con la libertad de conciencia. Hasta tal punto tuvo esto presente el constituyente, que la inclusión en nuestra Carta Magna del artículo 10.2 y de su remisión a la DUDH y demás tratados internacionales, tuvo precisamente como motivo el subsanar en parte la aparente reducción por el artículo 27.3 de los derechos de elección de los padres en relación con la educación de sus hijos, a cuestiones morales o religiosas. Y digo aparente porque, como ya he argumentado con anterioridad, el derecho reconocido en el artículo 27.3 CE debe ser interpretado en sentido amplio, no sólo en cuanto a que no limitado a un derecho prestacional exigible frente al Estado en el concreto marco de la escuela pública, sino como inclusivo de todas aquellas opciones educativas de los padres que tengan su origen en su derecho a la libertad de conciencia, en cualquier creencia que forme parte del núcleo de su cosmovisión.

³³⁷ *Vid.* apartado 4.1.3 anterior.

³³⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado el propio TC. *Vid.* nota 332332.

Por tanto, la genérica remisión por el artículo 10.2 de la Constitución a la DUDH, y con ello a su artículo 26.3, no puede interpretarse exclusivamente, como pretende el Tribunal Constitucional, en relación con la obligatoriedad de la instrucción elemental³³⁹, reiterando nuevamente nuestra anterior observación de que el Tribunal Constitucional parece no distinguir entre instrucción obligatoria y escolarización obligatoria. Dicha remisión debe interpretarse, por el contrario, especialmente realizada al artículo 26.3 DUDH y a su amplio reconocimiento del derecho preferente de los padres a escoger en conciencia el tipo de educación de sus hijos, incluyendo la posibilidad de optar por distintos sistemas pedagógicos y no sólo filosóficos o morales.

También parece olvidar el Tribunal, al remitirse al artículo 2 PA del CEDH y a la interpretación que del mismo ha hecho el TEDH, que cuando el Tribunal afirma que las convicciones filosóficas o religiosas de los padres no pueden amparar cualquier consideración, no lo hace en el sentido de excluir de entrada motivaciones pedagógicas o de admitir cualquier alegación religiosa o moral, sino que se refiere a que únicamente son admisibles bajo el artículo 2 PA aquellas “convicciones” que alcancen un cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia³⁴⁰, es decir, aquellas que entroncan directamente con la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 CEDH. Recordemos en este punto cómo en *Campbell y Cosans c. Reino Unido*³⁴¹ el TEDH entendió que la oposición a los castigos corporales a menores en los colegios podía ser considerada “convicción filosófica” a los efectos del artículo 2 PA, cuando parece claro que un castigo corporal forma parte de un método pedagógico escolar³⁴². Por el contrario, tanto en *Valsamis* como en *Efstratiou*, el TEDH no amparó las convicciones pacifistas alegadas por los padres, por mucho que éstas estaban fundadas en sus creencias religiosas. Es más, cuando la Comisión y el TEDH deciden inadmitir las dos únicas demandas que han recibido hasta la fecha en relación con el *homeschooling*³⁴³, el

³³⁹ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 6º.

³⁴⁰ *Folgerø y otros c. Noruega*, § 84 c.

³⁴¹ *Vid. supra* apartado 3.4.1.

³⁴² El diccionario de la Real Academia Española señala como segunda acepción del sustantivo pedagogía “[e]n general, lo que enseña y educa por doctrina o ejemplos”, y del adjetivo pedagógico “[s]e dice de lo expuesto con claridad que sirve para educar o enseñar”. Los castigos corporales forman parte de una cierta pedagogía defendida hasta fechas muy recientes por numerosas instituciones escolares del Reino Unido.

³⁴³ En los casos contra Alemania *Leuffen y Konrad*. *Vid. supra* apartado 3.4.2 anterior.

motivo de inadmisión no es la inadecuación de los motivos alegados por los padres — de hecho en ambos casos se esgrimían motivos religiosos— sino la apreciación de que en la decisión del legislador alemán de prohibir la educación en casa, que es una cuestión de oportunidad legislativa interna que la jurisdicción de Estrasburgo no puede entrar a valorar, no existía ninguna intención adoctrinadora.

Tampoco se entiende la interpretación, a mi entender excesivamente restrictiva, que el Tribunal Constitucional hace de la inclusión en el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del respeto a las convicciones pedagógicas de los padres, junto con las ya tradicionales religiosas y filosóficas. Señala el Tribunal que éstas deben entenderse referidas “a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico”. La argumentación sostenida por el Tribunal de que la Carta se inspira en el artículo 2 PA y que el contenido de este precepto no ha sido ampliado para reconocer las convicciones pedagógicas me parece un tanto débil. Si se hubiese querido que el contenido del derecho reconocido a los padres en el artículo 14 de la Carta fuese totalmente coincidente con el previsto en el artículo 2 PA, la referencia a las convicciones pedagógicas huelga. Por el contrario, la expresa mención de esta categoría de convicciones debería en mi opinión ser interpretada de manera amplia, y no limitarla en el sentido indicado por la sentencia.

En conclusión, no parece que el Tribunal Constitucional justifique suficientemente su afirmación de que las preferencias pedagógicas de los padres en relación con la educación de sus hijos no están amparadas por el artículo 27 CE y que por lo tanto, *prima facie*, las razones pedagógicas merecen una consideración distinta de las convicciones previstas de manera expresa en el artículo 27.3 de nuestra Norma Fundamental.

En otro orden de cosas, también sorprende la afirmación del Tribunal, al analizar preferencias pedagógicas, de que los padres pueden “enseñar libremente a sus hijos fuera del horario escolar”³⁴⁴. Esta afirmación, tomada literalmente de la decisión de inadmisibilidad del caso *Konrad* resuelta por el TEDH, parece no tener en cuenta lo paradójico que resultaría que unos padres pretendieran, en horas de tiempo libre,

³⁴⁴ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 5º.

enseñar a sus hijos mediante la aplicación de métodos pedagógicos diferentes a los del colegio al que asiste el menor durante las horas lectivas. Aunque esta afirmación ya resulte extemporánea en el caso de las convicciones religiosas y morales³⁴⁵, parece carecer de todo sentido en el ámbito de las preferencias de índole pedagógica.

También plantea dudas el tratamiento que el Tribunal Constitucional hace del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza. En primer lugar la sentencia hace una interpretación muy restrictiva de la libertad de enseñanza de los padres, reduciéndola en cuanto a la enseñanza básica a un derecho de creación de centros docentes³⁴⁶. Pero, además, el Tribunal parece trastocar el sentido del derecho a la educación, al insistir en atribuir al deber jurídico de escolarización un valor muy superior al que le corresponde según la propia Constitución. En efecto, cuando el Tribunal analiza en el punto b) de su fundamento jurídico 5º el derecho de todos a la educación, afirma que éste “no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos”, cuando lo que no alcanzaría, en su caso, sería una negativa de los padres a educar a sus hijos, a proporcionar a los menores a su cargo una educación consistente, al menos, en la enseñanza básica obligatoria impuesta por el artículo 27 CE, que no es ya un mero deber legal sino un auténtico deber constitucional³⁴⁷.

Tampoco entiendo necesario que el Tribunal Constitucional se vea obligado a recalcar el hecho indiscutido de que el deber jurídico de escolarización encontraría justificación constitucional en el contenido de los apartados 1 y 2 del artículo 27 de la Constitución, aún cuando la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos se amparase en el artículo 27.3 CE³⁴⁸. Y es que en ningún momento se discuten ni la justificación constitucional, ni la idoneidad de la escolarización obligatoria para la consecución de los fines impuestos por la Constitución a la educación³⁴⁹. Lo que se

³⁴⁵ Reiteramos en este punto lo señalado al efecto en la nota 186 anterior. R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 247.

³⁴⁶ Nos remitimos a lo apuntado en relación con la creación de centros docentes en el apartado 4 1.3 anterior.

³⁴⁷ Vid. M^a C. VIDAL FUEYO, “Cuando el derecho...”, cit. en nota 102, p. 308.

³⁴⁸ STC 133/2010, de 2 de diciembre, [RTC 2010/133], F.J. 7º.

³⁴⁹ De hecho así lo reconoce el propio F.J. 8º a) de la STC 133/2010, de 2 de diciembre, al señalar que “los recurrentes no niegan que la configuración de la enseñanza básica como un periodo de

discute es que *a priori*, como parece apuntar el Tribunal Constitucional, éste sea el modo en que se satisface “más eficazmente”³⁵⁰ la finalidad perseguida por la educación de servir no sólo a la mera transmisión de conocimientos, y, todavía más importante, que esta pretendida mayor eficacia sea argumento suficiente para justificar la limitación del derecho fundamental de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos reconocida en el artículo 27.3 CE. En efecto, aunque no carente de relevancia, la cuestión de fondo no es tanto si los fines de la educación se satisfacen más o menos eficazmente en un sistema educativo que contemple como única opción la escolarización obligatoria. La cuestión es que el Tribunal parece no tener ningún reparo a la hora de limitar derechos fundamentales, aunque lo haga justificándolo en el principio de proporcionalidad³⁵¹.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad opera como presupuesto de constitucionalidad de las medidas que restringen principios constitucionales y, más concretamente, como límite de las normas y actos que limitan los derechos fundamentales, de modo que no puede haber desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo cuando dicha desproporción no implique un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza³⁵². A su vez el principio de proporcionalidad se descompone en tres sub-principios: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto³⁵³.

Ya he avanzado que nada tengo que objetar a la superación por parte del deber jurídico de escolarización del primer filtro de su adecuación al cumplimiento del derecho a la educación básica obligatoria³⁵⁴. Más dudas plantean sin embargo los

escolarización obligatoria en centros homologados represente una medida adecuada o congruente respecto de la satisfacción de la finalidad que le es propia.”

³⁵⁰ *Ibid*, F.J. 8º.b.

³⁵¹ Recordemos que el principio de proporcionalidad opera no sólo como medida para valorar la constitucionalidad de los límites al ejercicio de derechos fundamentales impuestos por el legislador, sino que igualmente actúa como canon de constitucionalidad de la actividad limitadora del juez. M^a C. VIDAL FUEYO, “Cuando el derecho...”, cit. en nota 102, pp. 309 y ss.

³⁵² STC 60/2010, de 7 de octubre, F.J. 7º.

³⁵³ *Ibid.*, F.J. 9º.

³⁵⁴ Así lo señala igualmente Redondo en relación con otros pronunciamientos anteriores. A. M^a REDONDO, *Defensa de...*, cit. en nota 54, p. 163.

argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional a la hora de justificar la indispensabilidad y la razonabilidad de la escolarización obligatoria.

En primer lugar porque, aunque el Tribunal no tiene ningún reparo en reconocer que la educación en casa podría constituir una medida “menos restrictiva con el derecho de los padres reconocido en el artículo 27.3”, en lugar de analizar rigurosamente la indispensabilidad de la escolarización obligatoria, se limita a hacer un juicio de valor sobre la educación en casa que no le corresponde y que va más allá de lo que la propia Constitución establece en relación con el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. En efecto, el Tribunal hace recaer sobre los padres que optan por la educación en casa la nada velada sospecha de que la enseñanza que recibirán sus hijos será deficitaria en cuanto a inculcación de principios democráticos de convivencia y derechos y libertades fundamentales, lo cual resultará en un perjuicio para el desarrollo de la personalidad individual del menor. Y lo hace sobre la única y apriorística afirmación de que la escolarización obligatoria facilita un modelo de enseñanza básica en el que “el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana”. Es decir, el Tribunal Constitucional se pronuncia, en abstracto, por una visión peyorativa de la educación en casa, que discurre en paralelo con una visión idealizada —y en muchos casos muy poco realista— de la educación escolarizada en el concreto entorno español. A mi juicio, no parece que una valoración general negativa y, entiendo que poco fundada, de la educación en casa, sea suficiente para justificar que ésta no pueda resultar un medio eficaz para conseguir el fin último de una educación de los menores de edad en el pleno respeto de los fines y objetivos que para ella impone el artículo 27.2 de nuestra Constitución, ni que la escolarización obligatoria sea la alternativa menos gravosa posible.

Pero no sólo prejuzga todo el sistema de *homeschooling* apoyándose en lo manifestado en el TEDH en la decisión de inadmisibilidad del caso *Konrad*³⁵⁵, sino que el Tribunal, a la hora de enjuiciar la razonabilidad de la escolarización obligatoria, renuncia incluso a analizar las circunstancias concretas en que se estaba llevando a cabo

³⁵⁵ *Vid. supra* apartado 3.4.2.

la educación de los niños cuya escolarización impusieron las resoluciones que motivaron el recurso de amparo, limitándose a argumentar que el derecho de los padres reconocido en los apartados 1 y 3 del artículo 27 CE no “resulta completamente desconocido” al poder influir en su formación moral y religiosa tanto en la escuela como fuera del horario escolar. No perdamos de vista que, como proyección y manifestación que es del derecho a la libertad de conciencia y de religión, el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos no puede ser sometido a más limitación que aquella que resulte de la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, limitación que, además, deberá ser justificada, en el caso concreto, como “necesaria en una sociedad democrática”. En este caso, el límite al derecho de los padres lo constituye el derecho del menor a su educación. Si la medida de todo el sistema educativo es el derecho a la educación y el mejor interés del menor, en su doble dimensión de desarrollo de la personalidad y asimilación de valores constitucionales³⁵⁶, parecería lógico que el punto de partida del análisis no fuese una defensa a ultranza de la constitucionalidad de la escolarización obligatoria y una categórica afirmación de su mayor eficacia para la consecución del derecho a la educación frente a la opción de educar en casa, sino un pormenorizado análisis casuístico de la realidad de la situación educativa del menor no escolarizado. Como se ha dicho, el Estado pervierte su función cuando en vez de auxiliar a sus ciudadanos les pone obstáculos en el desarrollo de su personalidad. Y esto es lo que se hace cuando en una sociedad se pretende definir en qué consiste la formación y medir a todos por el mismo rasero³⁵⁷.

Entre el reconocimiento más amplio posible de un derecho fundamental como el derecho de los padres a decidir la educación moral y religiosa de sus hijos, y que éste no resulte “completamente desconocido”³⁵⁸, media un abismo que el Tribunal Constitucional ignora deliberadamente, y que no supera el preceptivo test de proporcionalidad necesario para justificar la limitación legal del contenido de un derecho fundamental³⁵⁹. Ciertamente “puede resultar difícil y complicado coordinar los

³⁵⁶ Vid. R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 217.

³⁵⁷ F. HENGSBACH, “Libertad de enseñanza y derecho a la educación. El Estado democrático y la educación”, en *Persona y derecho* (6) 1979, p. 91.

³⁵⁸ *Ibid.*, F.J. 8º c.

³⁵⁹ Cfr. Mª C. VIDAL FUEYO, “Cuando el derecho...”, cit. en nota 102, pp. 318 y 319.

distintos derechos e intereses que confluyen en la regulación de la enseñanza, pero lo que no puede suceder, en ningún caso es que se desdibuje o diluya el contenido concreto de un derecho fundamental del calado del derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos en el campo moral y religioso”³⁶⁰.

5. EL HOMESCHOOLING EN ESPAÑA. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Sin perjuicio de que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010 haya supuesto un punto de inflexión en el tratamiento que, de forma casi unánime, venían realizando los tribunales de justicia en los supuestos de objeción de conciencia al sistema escolar que se les habían planteado, todavía queda mucho que decir, y que legislar, sobre la cuestión de la educación en casa en España. Pretender que una sentencia poco favorable a los intereses de los *homeschoolers* españoles vaya a resultar en que las más de dos mil familias que practican este método de enseñanza dejen de hacerlo, o en que sirva de elemento de disuasión a más padres que no encuentren en el futuro respuesta a sus inquietudes en el sistema educativo oficial, sería pecar de ingenuidad. Ya hemos destacado cómo el *homeschooling* es un fenómeno en alza tanto en nuestro país como el resto del mundo, lo cual debería llevar al legislador español, no sólo “a preguntarse por las causas de esa efervescencia”³⁶¹, sino a dar un paso más y admitir legalmente esta opción educativa.

No cabe duda de que el *homeschooling*, como método de enseñanza, plantea no pocas dudas en sociedades como la nuestra, habituadas a diferenciar claramente entre educación familiar y educación escolar. El temor de que tras la pantalla de una pretendida educación en casa se oculten situaciones de falta de educación, de abandono, de negligencia o incluso de abusos a los menores, las dudas que surgen entorno a las desiguales posibilidades de socialización de que disponen los niños no escolarizados, el temor de que las enseñanzas recibidas no se ajusten a los mínimos requeridos por la educación básica obligatoria o que desconozcan, o directamente vayan en contra de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales, hacen que todavía sean muchas las inquietudes que ocupan a los expertos en la materia.

³⁶⁰ J. MANTECÓN SANCHO, “El derecho de los padres...”, cit. en nota 113, p. 10.

³⁶¹ R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, pp. 241.

Pero la demanda social existe, se está organizando y su voz empieza a escucharse de forma cada vez más nítida³⁶², y corresponde a un Estado social de derecho estar atento y dar respuesta a las legítimas reclamaciones de sus ciudadanos.

Pero en esta labor de programar³⁶³ el sistema educativo y acomodarlo a las exigencias que la libertad de enseñanza aconseja, el poder legislativo habrá de estar necesariamente acompañado y apoyado por el poder judicial: antes de que exista regulación legal al respecto, como el poder encargado de conocer de las objeciones de conciencia que se planteen; y tras una hipotética regulación legal, como intérprete y como último encargado de velar porque la educación en casa no enmascare situaciones de abandono, de ausencia de educación, o incluso de educación al margen o en contra de los valores y principios democráticos.

Dos son por lo tanto los ámbitos de intervención en los que voy a centrar mi análisis final de las perspectivas de futuro en nuestro país de la educación en casa: (1) la intervención del legislador; y (2) la intervención del orden jurisdiccional.

5.1. Propuestas para una regulación legal de la educación en casa

Señala Palomino que, en el diseño de la arquitectura legal de la enseñanza, coexisten dos tendencias antagónicas, de marcado carácter político. Una de ellas entiende que la Constitución ofrece un marco de libertad en el que “es el Estado quien debe canalizar la igualdad para que el pluralismo pueda ser alcanzado por todos los ciudadanos. El pluralismo, en esta tendencia, sería objetivo y modo de realización del objetivo último”, de modo que el protagonismo correspondería a la libre iniciativa ciudadana. Por el contrario, también puede verse la Constitución como “un modelo cerrado que consigue, precisamente a través de los valores internos del propio texto constitucional, lograr un pluralismo mediante un cauce de igualdad”. El protagonismo,

³⁶² Como hemos anticipado en la nota 84, en España tienen especial presencia la Asociación de Libre Educación –ALE– (www.educacionlibre.org) y la asociación OLEA (www.asociacionolea.org).

³⁶³ Vid. A. EMBID IRUJO, “El derecho a...”, cit. en nota 9185, p. 41

por lo tanto, sería en este caso de la escuela de titularidad pública, como motor y garante de la igualdad a través de la cual se espera alcanzar “el respeto al pluralismo”³⁶⁴.

Como he hecho notar a lo largo de estas páginas, precisamente desde mi adscripción a la primera de esas tendencias sostengo la conveniencia de que, en un futuro próximo, el ordenamiento jurídico español acoja la modalidad de la educación en casa como expresión del pluralismo educativo, de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación que sea acorde con sus convicciones³⁶⁵. Y es que la primera medida para resolver los conflictos de conciencia en el ámbito educativo parte de un diseño legal que “garantice en plenitud el derecho de libertad de religión y de conciencia, raíz y fundamento del resto de libertades y *conditio sine qua non* del pluralismo de una sociedad democrática”³⁶⁶. A partir del momento en que queda claro que la Constitución no sólo no cierra un sistema educativo concreto, sino que, por el contrario, dibuja una “franja de constitucionalidad” dentro de la cual tienen cabida una pluralidad de fórmulas legislativas³⁶⁷, entre las que no cabe descartar la educación en casa como tercera vía alternativa a la tradicional oferta escuela pública-escuela privada, la regulación legal del *homeschooling* en nuestro país se convierte en una cuestión de decisión del Estado de reordenar el sistema educativo de forma cada vez más respetuosa con la libertad de enseñanza y con el derecho fundamental de los padres a elegir la educación de sus hijos³⁶⁸.

³⁶⁴ R. PALOMINO LOZANO, “El área de conocimiento “Sociedad, Cultura y Religión”: algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias. Comentario al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005”, en *Educación y religión...*, cit. en nota 151, pp. 72 y 73.

³⁶⁵ Se trataría de un paso más en ese “pluralismo de escuelas” del que habla Ferrer. Vid. J. FERRER ORTIZ, “Los derechos...”, cit. en nota 94, pp. 20 a 22. Igualmente, Gil Villén, en su intervención en nombre de OIDEL, en la Conferencia Internacional Consultiva de Naciones Unidas celebrada en Madrid los días 23 a 25 de noviembre de 2001 señaló que “para lograr una educación de calidad es necesario destruir el mito de la escuela única e ir hacia una educación diferenciada e individualizada creada por la sociedad civil.” Texto recogido en *La libertad religiosa en la educación escolar. Conferencia Internacional Consultiva de Naciones Unidas (Madrid, 23- 25 noviembre de 2001)*, A. DE LA HERA Y R. M^a MARTÍNEZ DE CODES (coord.), Madrid, 2002, p. 363.

³⁶⁶ Vid. A. M^a VEGA GUTIÉRREZ, “Objeciones de...”, cit. en nota 128, p. 349.

³⁶⁷ J. FERRER ORTIZ, “Los derechos...”, cit. en nota 94, p. 2.

³⁶⁸ Vid. A. EMBID IRUJO, “El derecho a...”, cit. en nota 91, p. 45: “las ideas de libertad y tolerancia [...] deben ser los conceptos supremos de referencia y las guías que deberían conducir la actuación en todo momento del Legislador y de los Poderes Públicos en general.”

Pero también he señalado reiteradamente en estas páginas que el fin último de todo el sistema educativo ha de ser la plena realización del derecho a la educación de los menores de edad, sea cual sea el entorno en el que se lleve a cabo su formación, dentro de los límites y objetivos que tanto nuestra Carta Magna como los textos internacionales sobre la materia establecen para ello. Así pues, cualquier regulación legal de la educación en casa habrá de responder a dos criterios básicos, perfectamente compatibles ambos con la máxima adaptación pedagógica al menor que caracteriza el *homeschooling*³⁶⁹: mínima restricción posible de la libertad de conciencia en su manifestación concreta de libertad de enseñanza de los padres, y máxima garantía del derecho del menor a recibir una educación consistente en, al menos, una formación básica obligatoria respetuosa con el contenido, objetivo y fines que establece la Constitución.

Sin embargo, el pluralismo educativo en ningún caso puede justificar que el Estado haga dejación de las funciones que la Constitución de encomienda en materia de educación. La familia “no es una zona franca”³⁷⁰, y la Constitución determina que el Estado sea un sujeto activo protagonista del proceso educativo³⁷¹, de modo que corresponderá a los poderes públicos no sólo la previsión legal de la educación en casa, sino también el establecimiento de unos requisitos mínimos organizativos y de control que permitan garantizar el pleno respeto al derecho a la educación de los menores dentro de los fines y objetivos marcados por el artículo 27.2 CE. Y es que, al contrario de lo que parece insinuar la sentencia del Tribunal Constitucional que hemos comentado en el epígrafe anterior, la educación en casa, como modalidad pedagógica en abstracto, de suyo no vulnera el derecho a la educación³⁷². Lo verdaderamente importante es cómo

³⁶⁹ Como señala García Hoz, “[l]a educación es un proceso que tiene realidad en cada persona en singular. Esto vale como decir que la educación deberá tener en cuenta las características personales de cada hombre, [...] su capacidad de usar la libertad para dirigir su propia vida con responsabilidad personal. [...] La finalidad más clara la de la educación en tanto que actividad personalizada es la de desarrollar la capacidad de hacer uso responsable de la libertad a través de la cual el hombre gobierna su vida de acuerdo con las exigencias de la dignidad de la persona humana”. V. GARCÍA HOZ, “La libertad de educación...”, cit. en nota 2, p. 18.

³⁷⁰ Vid. J. EGEA FERNÁNDEZ, “La doctrina constitucional...”, cit. en nota 306, p. 285.

³⁷¹ Vid. A. EMBID IRUJO, *Las libertades en...*, cit. en nota 274, p. 187.

³⁷² Expresa una opinión discrepante, Valero Heredia, A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, pp. 221 y 222.

se lleva a cabo esa educación en el hogar. Y es precisamente aquí donde entra el Estado en su función de garante del bienestar del menor.

Sin que sea este el lugar adecuado para realizar un análisis del contenido pedagógico que habría que adoptar la educación en casa, parece razonable afirmar que no tendría sentido pretender trasladar al hogar, sin más, el sistema educativo que los padres rechazan, con sus mismos contenidos curriculares, materiales didácticos, sistemas de evaluación y calificación o incluso lengua vehicular. Más lógico parecería reclamar que la regulación legal del *homeschooling* se enmarcase en un más general pacto político en materia de enseñanza que permitiese un consenso de mínimos en cuanto a ciertas cuestiones sustantivas como el establecimiento de los mecanismos administrativos necesarios para la identificación y seguimiento de las familias que educan en el hogar, la determinación de contenidos curriculares mínimos por niveles educativos que permitan una amplia flexibilidad de materias, recursos educativos y métodos³⁷³, los sistemas de acreditación de conocimientos y de homologación de cara al acceso a niveles escolares superiores o a la enseñanza universitaria³⁷⁴, y los organismos encargados de la supervisión y del control de la situación real de los menores educados en casa³⁷⁵.

5.2 Criterios jurisprudenciales de resolución de conflictos

En tanto la educación en casa no sea en nuestro ordenamiento jurídico una alternativa legal a la escolarización en un centro de enseñanza público o privado, es previsible que nuestros tribunales de justicia tengan que seguir enfrentándose en el

³⁷³ Cfr. F. ALTAREJOS, “Libertades educativas e igualdad de oportunidades”, en *Educación y democracia...*, cit. en nota 85, p. 250.

³⁷⁴ Sistemas además no desconocidos en nuestra reciente historia educativa. Como recuerda Jordán Villacampa, “[s]i bien es cierto que el derecho a la educación se considera una conquista social por gran parte de la sociedad occidental, no cabe duda de que aquel puede hacerse efectivo de diversas formas, por ejemplo posibilitando la obtención de las titulaciones correspondientes mediante convocatorias libres, tal como cabía hacer en anteriores planes de estudios.” M^a L. JORDÁN VILLACAMPA, “La objeción de...”, cit. en nota 1, p. 469.

³⁷⁵ En opinión de Embid Irujo el “derecho a un control objetivo y racional del saber que posibilite el acceso a cualquier titulación del sistema educativo en función de la capacidad escolar” forma parte del contenido del derecho a la educación, opinión que parece compartir Fernández-Miranda. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, *De la libertad...*, cit. en nota 99, p. 40.

futuro a situaciones de negativa a la escolarización de sus hijos por parte de padres que optan por educarlos en el entorno familiar, y que éstas continúen articulándose como objeciones de conciencia basadas en el derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban la formación acorde con sus convicciones. De igual modo, y tal como la experiencia comparada demuestra, incluso un hipotético futuro reconocimiento legal del *homeschooling* no impedirá que tengan que sustanciarse en sede judicial conflictos derivados de situaciones de falta de escolarización, en las que haya de resolverse acerca de la realidad social y educativa de menores sustraídos por sus padres del sistema escolar.

En ambos casos, ya sea en ausencia de regulación orgánica específica —como una objeción de conciencia—, ya sea como necesaria interpretación del alcance y contenido de un texto legal, entiendo que el criterio que deberían seguir los órganos judiciales a la hora de resolver cuestiones relativas a la falta de escolarización, es el del máximo reconocimiento del derecho de los padres a decidir la educación de sus hijos según les dicte su conciencia pero sometido al límite del *favor minoris*, del interés superior del menor en su derecho a recibir una educación acorde con lo dispuesto en el la Constitución³⁷⁶. Se tratará de hallar el adecuado equilibrio entre dos derechos fundamentales de primer orden: la libertad de enseñanza de los padres —entendida como proyección de su libertad religiosa e ideológica—, y el derecho a la educación del menor —entendido como parte del contenido de su derecho a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de su personalidad. Y es que los padres no gozan de plena discrecionalidad en el ejercicio de la patria potestad en general, ni de la libertad de enseñanza en particular, sino que, por el contrario su actuación debe estar limitada en todo caso “por el interés superior del menor, por la adopción de la decisión en beneficio del hijo y de acuerdo con su personalidad”, lo cual aconsejará en todo caso un ejercicio de objetividad de los progenitores, llegando incluso a apartarse de “convicciones y criterios de valoración personales que pueden ser el resultado de [sus] opciones vitales, pero que pueden ir en detrimento del propio menor.”³⁷⁷

³⁷⁶ Vid. M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 40; L. MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, “Los padres tendrán derecho preferente...”, cit. en nota 116, p. 246.

³⁷⁷ Cfr. M. MORENO ANTÓN, “Minoría de edad y libertad...”, cit. en nota 235, p. 8. Así lo ha entendido también el TC, que en el F.J. 5º de su sentencia 141/2000, de 29 de mayo [RTC 2000/141] indicó cómo “los poderes públicos, y en especial los órganos judiciales, tienen el deber de velar porque el

Anteriormente hemos analizado en qué consiste el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, así como el contenido constitucional del derecho a la educación y su proyección en la concreta formación que deben recibir los menores de edad. Me detendré ahora brevemente en precisar qué debe entenderse por interés “superior” del menor³⁷⁸ como criterio de resolución de controversias judiciales.

El artículo 154 del Código civil introduce la noción de la prevalencia del bienestar de los menores al señalar que “[l]a patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.” Pero el interés en el adecuado desarrollo del menor no compete ni compromete, como es lógico, exclusivamente a los titulares de la patria potestad, sino que se extiende igualmente a los poderes públicos, convirtiéndose en el elemento clave de referencia de su actuación³⁷⁹. Íntimamente relacionado con el artículo 10.1 CE, en el sentido de que ese “interés prevalente del menor” se identifica con su dignidad personal y con el libre desarrollo de su personalidad, su valor no es meramente hermenéutico³⁸⁰, sino que se erige además como principio inspirador de la regulación del derecho de menores, y compete a todos implicados en ella, desde padres y tutores hasta poderes públicos³⁸¹. Así lo declara el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, al establecer que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.” También mencionan este principio el artículo 5 del Protocolo 7 al CEDH y el artículo 24.3 de la Carta de los

ejercicio de las potestades por sus padres o tutores se haga en interés del menor y no al servicio de otros intereses que, por muy respetables que sean, debe ceder ante el “superior” interés del niño.”

³⁷⁸ Sin que sea este el lugar adecuado para desarrollar la materia del estatuto jurídico del menor de edad, entiendo importante precisar, siquiera brevemente, que no existe el “menor de edad”, sino los “menores de edad”, en tanto es significativamente diferente la situación de un recién nacido que la de un niño de 12 años o un adolescente de 15. Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2007, pp. 59 y ss.

³⁷⁹ Vid. R. NAVARRO-VALLS Y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre...*, cit. en nota 3, p. 217.

³⁸⁰ Cfr. A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, pp. 76 y ss.

³⁸¹ Cfr. M. MORENO ANTÓN, “Minoría de edad y libertad...”, cit. en nota 235, pp. 10 y 11.

Derechos fundamentales de la Unión Europea³⁸². Y este mismo concepto de interés superior del menor es recogido en la norma de protección de la niñez por antonomasia de nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996³⁸³.

Como se puede apreciar, las normas que enuncian el principio del interés prevalente del menor no lo definen ni precisan su alcance o contenido más allá de esa referencia al genérico bienestar físico y psíquico del niño. Nos hallamos por tanto ante un concepto jurídico indeterminado³⁸⁴ que como tal, permite al juez, en caso de conflicto, no ya aplicar una solución prevista de antemano por la ley, sino indagar en la realidad concreta del menor afectado, “acudiendo a juicios de experiencia o de valor”³⁸⁵.

En el específico ámbito de la educación, incluida la enseñanza en el hogar, el interés del menor parecería concretarse por lo tanto en el “derecho de éste a recibir una formación integral que favorezca el libre desarrollo de su personalidad y la libre formación de su conciencia”³⁸⁶, de modo que este interés del menor se convertiría en el límite del derecho de los padres a formar a sus hijos según sus propias convicciones eligiendo para ello el tipo y contenido educativo que entiendan más conveniente³⁸⁷ y en

³⁸² Protocolo nº 7 al CEDH, artículo 5: “Igualdad entre esposos. Los cónyuges gozan de igualdad de derechos y deberes de carácter civil, entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, por lo que se refiere al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impide que los Estados adopten las medidas necesarias en interés de los hijos.” Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 24.3: “Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”

³⁸³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En su preámbulo, esta norma señala que se establece, como principio general, el de que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral. Su artículo 2 señala igualmente que “[e]n la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” No es esta sin embargo la única norma del ordenamiento jurídico español que recoge el principio del interés superior del menor. Para un análisis exhaustivo de estas normas, *vid.* A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, pp. 74 a 76.

³⁸⁴ Cfr. F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés...*, cit. en nota 378. pp. 70 y ss.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 72.

³⁸⁶ *Vid.* A. VALERO HEREDIA, *La libertad de conciencia...*, cit. en nota 126, pp. 147.

³⁸⁷ *Vid.* M. A. ASENSIO SÁNCHEZ, “La objeción de...”, cit. en nota 20, p. 40.

criterio de resolución de conflictos para el juez ante la sospecha de una situación lesiva para el menor en el marco del *homeschooling*³⁸⁸.

6. CONCLUSIONES

- Aunque reciente en nuestro país, el *homeschooling*, entendido como la educación de los hijos menores de edad al margen del sistema escolar, motivada por el rechazo de sus padres a la escolarización institucionalizada, no es un fenómeno desconocido en democracias de nuestro entorno con sociedades crecientemente complejas y plurales.

- En España, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, que ha negado a unos padres de familia el derecho a educar a sus hijos en el hogar, ha abierto el debate público —jurídico, filosófico y pedagógico— acerca de la conveniencia de regular por ley la educación en casa.

- Un análisis del panorama internacional de los derechos educativos en general, y de la educación en casa en particular, permiten constatar la existencia de diversas sensibilidades en la materia que se reflejan en una importante diversidad legislativa en aquellos países en que el *homeschooling* está permitido.

- Por su parte, y aunque nunca ha entrado a fondo en el análisis de la educación en casa, el TEDH parece sostener la postura de que, bajo el artículo 2 PA, un Estado puede discrecionalmente optar por un sistema educativo que, junto con la escolarización, contemple opciones educativas alternativas que tengan el hogar como lugar de enseñanza. Sin embargo, su no siempre clara interpretación acerca de cuál sea el contenido del derecho a la educación en relación con la escolarización, y su tendencia a interpretar restrictivamente el derecho de los padres a que el Estado asegure una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, arrojan ciertas dudas

³⁸⁸ No olvidemos que el propio Tribunal Supremo, en el ya mencionado fundamento jurídico 4º de su sentencia de 30 de octubre de 1994, sentó las bases de este mecanismo de control aplicado a la educación en el hogar, al indicar cómo el derecho fundamental a la educación no interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores. *Vid.* nota 299 *ut supra*.

acerca de cuál puede ser la posición de la Corte en posibles futuros casos relacionados con el *homeschooling*.

- La Constitución española no cierra un sistema educativo concreto y cerrado, sino que atribuye al legislador amplias competencias para establecer el armazón educativo que por razones de oportunidad entienda más conveniente en cada momento, siempre dentro de los objetivos y límites que para el derecho a la educación establece el propio texto constitucional y del respeto al derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación que esté de acuerdo con sus convicciones. En el ejercicio de sus competencias de organización y programación del sistema educativo, el legislador español ha optado por establecer un deber jurídico de escolarización de los niños entre los seis y los 16 años como medio para dar cumplimiento a la obligación constitucional de que los poderes públicos garanticen el acceso de los menores a una educación básica obligatoria.

- En su condición de derecho de libertad, el derecho a la educación del menor queda configurado en la Constitución española como un derecho fundamental que debe tender como fin último al desarrollo de su personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. La educación se realiza mediante la enseñanza o transmisión tanto de valores como de conocimientos, enseñanza que en el marco de la educación básica obligatoria habrá de estar dotada de unos contenidos indispensables establecidos constitucionalmente.

- En una sociedad democrática y diversa, la transmisión de valores y conocimientos debe poder ser realizada en libertad por una pluralidad de sujetos y desde una amplia diversidad de planteamientos religiosos, filosóficos, morales, o desde cualquier otra convicción o cuerpo de creencias que en la vida de una persona desempeñe una función equiparable a la de la religión en cuanto conjunto de ideas sobre el hombre de las cuales se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento individual. La libertad de enseñanza, como proyección de la libertad ideológica y religiosa, se erige como principio estructural del sistema educativo y piedra angular de la democracia, en garantía del pluralismo social en el campo de la educación.

- Frente al Estado liberal que insiste en acaparar el protagonismo en el ámbito educativo, surge la conveniencia de que la norma jurídica, desde la libertad de conciencia proyectada en la libertad de enseñanza, permita acceder a los distintos tipos de educación que solicitan o puedan solicitar los padres desde sus convicciones, religiosas o de otra índole. La elección de los padres puede referirse a una educación en un cierto entorno confesional, o en un centro público, o a una educación diferenciada, o incluso a una educación en casa. El *homeschooling* debería ser, por tanto, una alternativa más del sistema educativo, respetuosa con el derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos, y siempre encuadrada en los parámetros del derecho a la educación del menor. La educación en casa es manifestación de la libertad de enseñanza en su concreta expresión del derecho que la Constitución reconoce a los padres de elegir la educación que desean para sus hijos.

- A partir del momento en que la Constitución no cierra un sistema educativo concreto, sino que, dibuja una “franja de constitucionalidad” dentro de la cual tienen cabida una pluralidad de fórmulas legislativas, no cabe descartar la educación en casa como tercera vía alternativa a la tradicional oferta escuela pública-escuela privada. Por tanto, la regulación legal del *homeschooling* en nuestro país se convierte en una cuestión de decisión del Estado de reordenar el sistema educativo de forma cada vez más respetuosa con la libertad de enseñanza y con el derecho fundamental de los padres a elegir la educación de sus hijos.

- Dicha regulación legal habrá de responder a dos criterios básicos, perfectamente compatibles ambos con la máxima adaptación pedagógica al menor que caracteriza el *homeschooling*: mínima restricción posible de la libertad de conciencia en su manifestación concreta de libertad de enseñanza de los padres, y máxima garantía del derecho del menor a recibir una educación consistente en, al menos, una formación básica obligatoria respetuosa con el contenido, objetivo y fines que establece la Constitución.

- El pluralismo educativo en ningún caso puede justificar que el Estado haga dejación de las funciones que la Constitución de encomienda en materia de educación, de modo que corresponderá a los poderes públicos no sólo la previsión legal de la

educación en casa, sino también el establecimiento de unos requisitos mínimos organizativos y de control que permitan garantizar el pleno respeto al derecho a la educación de los menores dentro de los fines y objetivos marcados por el artículo 27.2 CE.

- Ya sea en ausencia de regulación orgánica específica —como una objeción de conciencia—, ya sea como necesaria interpretación del alcance y contenido de un texto legal, el criterio que deberían seguir los órganos judiciales a la hora de resolver cuestiones relativas a la falta de escolarización, es el del máximo reconocimiento del derecho de los padres a decidir la educación de sus hijos según les dicte su conciencia pero sometido al límite del *favor minoris*, del interés superior del menor en su derecho a recibir una educación acorde con lo dispuesto en el la Constitución. Se tratará de hallar el adecuado equilibrio entre dos derechos fundamentales de primer orden: la libertad de enseñanza de los padres —entendida como proyección de su libertad religiosa e ideológica —, y el derecho a la educación del menor —entendido como parte del contenido de su derecho a la libertad de conciencia y al libre desarrollo de su personalidad.

Bibliografía citada

ALEMÁN MONTERREAL, A., “Una crítica al sistema educativo español: de la enseñanza secundaria obligatoria al primer curso de la licenciatura de derecho”, en *Derecho y educación*, (eds. P. MENA ENCISO, F. PÉREZ FERRER, R. HERRERA DE LAS HERAS Y P. MARTÍNEZ RUANO), Almería, 2010.

ALTAREJOS, F., “Libertades educativas e igualdad de oportunidades”, en *Educación y democracia. II encuentro sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, 2004.

ARAÑA, J. A., “La libertad de enseñanza como derecho humano objeto del Derecho Eclesiástico y del Derecho Canónico”, en *ADEE* 23 (2007).

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., “La objeción de conciencia al sistema escolar: La denominada educación en casa”, en *Laicidad y libertades* 6 (2006).

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., “Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad”, en *RCDCDEE* 7 (2005).

BIGLINO CAMPOS, P., en el prólogo a A. M^a REDONDO *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y “homeschooling”*, Valencia, 2003.

BRIONES MARTÍNEZ, I., “Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la educación en casa. Análisis comparativo entre Estados Unidos y España”, 2010. Disponible en <http://www.ulia.org/ficv/homeschooling/textos/Irene%20Briones.doc>.

BRIONES MARTÍNEZ, I., “Aspectos controvertidos de la nueva Ley de Educación”, en *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, (ed. M. DOMINGO), Granada, 2008.

BRIONES MARTÍNEZ, I., “¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?”, en *RGDCDEE* 3 (2003).

CASTRO JOVER, A., “Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación”, en *Laicidad y libertades* 2 (2002).

CASTRO-RIAL GARRONE, F., “Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* 3 (1985).

CONRAD, H. J., “The constitutionality of teacher certification requirements for home-schooling parents: why the original *Rachel L.* Decision was right”, en *Drexel Law Review* 2 (2006).

CONTRERAS MAZARÍO, J. M^a, “Derecho a la educación y educación intercultural en el marco de la Unión Europea”, en *Interculturalidad y educación en Europa* (ed. G. SUÁREZ PERTIERRA Y J. M^a CONTRERAS MAZARÍO), Valencia, 2005.

- DESPOUY, L., Intervención, en *La libertad religiosa en la educación escolar. Conferencia Internacional Consultiva de Naciones Unidas (Madrid, 23- 25 noviembre de 2001*, A. DE LA HERA Y R. M^a MARTÍNEZ DE CODES (coord.), Madrid, 2002.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “El derecho a la educación”, en *Parlamento y Constitución. Anuario* (2) 1998.
- DÍEZ-PICAZO, L. M^a, *Sistema de Derechos fundamentales*, 3^a ed., Navarra, 2008.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública (Sobre la SSTC 298/1993, de 18 de octubre, y 260/1994, de 3 de octubre)”, en *Derecho Privado y Constitución* 5 (1995).
- ELIPE SONGEL, J. A., *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Valencia, 2003.
- EMBED IRUJO, A., “El derecho a la educación en la democracia española (1978-2004)”, en *Educación y democracia. II encuentro sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, 2004.
- EMBED IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho de educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, 1998.
- FERRE FERNÁNDEZ, M^a D., “El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos en España”, (coord. S. CATALÁ), *Sistema educativo y libertad de conciencia*, Cuenca, 2009.
- FERRER ORTIZ, J., “Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural”, en *RGDCDEE* 10 (2006).
- GARCÍA GARRIDO, J. L., “Diferencias fundamentales en los sistemas educativos europeos”, en *Educación y democracia. II encuentro sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, 2004.
- GARCÍA HOZ, V., “La libertad de educación y la educación para la libertad”, en *Persona y Derecho* 6 (1979).
- GIL VILLÉN, E., Intervención, en *La libertad religiosa en la educación escolar. Conferencia Internacional Consultiva de Naciones Unidas (Madrid, 23- 25 noviembre de 2001*, A. DE LA HERA Y R. M^a MARTÍNEZ DE CODES (coord.), Madrid, 2002.
- GÓMEZ ORFANEL, G., “Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y contenido (Un comentario bibliográfico)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 7, 1983.
- GOMEZ PÉREZ, R., “Las contradicciones de la libertad de enseñanza”, en *Persona y Derecho* 6 (1979).
- GONZÁLEZ-MORENO, B., “Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro”, en *RGDCDEE* 20 (2009).

GONZÁLEZ-MORENO, B. *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, 2003.

GUTIÉRREZ DEL MORAL, M^a J. Y CAÑIVANO SALVADOR, M. A., *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, 2003.

HENGSBACH, F., “Libertad de enseñanza y derecho a la educación. El Estado democrático y la educación”, en *Persona y derecho* (6) 1979.

JORDÁN VILLACAMPA, M^a L., “La objeción de conciencia al sistema escolar”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, vol. II, Valencia, 1999.

KOONS, C., “Education on the home front: Home education in the European Union and the need for unified European policy”, en *Independent International & Comparative Law Review* 20 (2010).

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. *Educación e ideología*, Madrid, 2010.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, Navarra, 2007.

MANTECÓN SANCHO, J., “El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones”, Jornada de Estudio sobre *Educación para la ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española el 17 de noviembre de 2006.
<http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/Dossier/ciudadania/padres.pdf> .

MARTÍ SÁNCHEZ, J. M^a, “El “Homeschooling” en el derecho español”, en *RGDCDEE* 25 (2011).

MARTÍ SÁNCHEZ, J. M^a, “Objeciones de conciencia y escuela”, en *RGDCDEE* 15 (2007).

MARTIN, A. T., “Homeschooling in Germany and the United States”, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 27, I (2010).

MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, L., “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)”, en *ADEE* 24 (2008).

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y a la enseñanza*, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas”, en *Los Derechos fundamentales en la educación*, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, (ed. M. DOMINGO), Granada, 2008.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *RGDCDEE* 2 (2003).

- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Zarauz, 2001.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *ADEE* 2 (1986).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religión derecho y sociedad*, Granada, 1999.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “School and Religion in Spain”, en *Journal of Church and State* 47 (2005).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”, en *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, (ed. M. DOMINGO), Granada, 2008.
- MC MULLEN, J. G., “Behind Closed Doors. Should States Regulate Homeschooling?”, *South Carolina Law Review*, 54 (2002-2003).
- MILLÁN MORO, L., “El derecho a la educación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Interculturalidad y educación en Europa*, (ed. G. SUÁREZ PERTIERRA Y J. M^a CONTRERAS MAZARÍO), Valencia, 2005.
- MONK, D. “Problematizing home education: challenging “parental rights” and “socialization””, en *Legal Studies* 24 (2004).
- MONTORO GÓMEZ, A. J., “El derecho a la educación en la democracia española (1978-2004)”, en *Educación y democracia. II encuentro sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, 2004.
- MORENO ANTÓN, M., “Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial”, en *RGDCDEE* 19 (2009).
- MOZOS TOUYA, DE LOS I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, 1995.
- MUÑIZ, J., “Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 7 (1983).
- MUÑOZ-ARNAU, J. A., *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Pamplona, 2010.
- MUÑOZ-REPISO, M., *El sistema educativo español*, Madrid, 2000.
- NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011.
- OLLERO, A., *Un Estado laico. La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Navarra, 2009.
- ORLANDIS, J., “El derecho a la libertad escolar”, en *Persona y Derecho* 6 (1979).

OTADUY, J., “Neutralidad ideológica del Estado y del sistema educativo público”, Jornada de Estudio sobre *Educación para la ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española el 17 de noviembre de 2006, <http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/Dossier/ciudadania/JorgeOtaduy.pdf>.

PALOMINO LOZANO, R., “El área de conocimiento “Sociedad, Cultura y Religión”: algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias. Comentario al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005”, en *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, (ed. M. DOMINGO), Granada, 2008.

PÉREZ-JUSTE, R., “Pluralismo educativo y calidad de enseñanza”, en *Educación y democracia. II encuentro sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, 2004.

PÉREZ TESTOR, C., “La familia y el aprendizaje por la experiencia”, en *Educación y familia: la educación familiar en un mundo en cambio*, (coord. I. M^a ÁLVAREZ VÉLEZ Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO), Madrid, 2006.

REDONDO, A. M^a, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y “homeschooling”*, Valencia, 2003.

REICH, R. “Why Homeschooling Should Be Regulated”, Publicado en la página web de la Universidad de Stanford.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Madrid, 2007.

ROCA, M^a J., “Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”, en *Los derechos fundamentales en la educación*, (dir. J. L. REQUERO IBÁÑEZ Y J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ), Madrid, 2008.

RODRIGO LARA, M^a B., *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005.

ROSS, C.J., “Fundamental Challenges to Core Democratic Values: Exit and Homeschooling”, *William & Mary Bill of Rights Journal* 18 (2009-2010).

RUANO ESPINA, L., “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”, en *RGDCDEE* 19 (2009).

SÁNCHEZ-FERRIZ, R. Y ELÍAS MÉNDEZ, C., *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, 2002.

SATORRAS FIORETTI, R. M^a, *La libertad de enseñanza en la Constitución Española*, Madrid, 1998.

SOUTO PAZ, J. A., “Libertad religiosa y de creencias”, en *Estado y religión en la Constitución española y en la Constitución europea*, (ed. J. MARTÍNEZ-TORRÓN), Granada, 2006.

VALERO HEREDIA, A., *La libertad de conciencia del menor desde una perspectiva constitucional*, Madrid, 2009.

VEGA GUTIÉRREZ, A. M^a, “Objeciones de conciencia y libertades educativas: los conflictos de conciencia ocasionados por determinados contenidos curriculares”, en *Opciones de Conciencia. Propuestas para una ley* (coord. M^a J. ROCA), Valencia, 2008.

VIDAL FUEYO, M^a C., “Cuando el derecho a la libertad religiosa colisiona con el derecho a la educación”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario (2004).

WADDELL, T., “Bringing It All Back Home. Establishing a Coherent Constitutional Framework for the Re-regulation of Homeschooling”, *Vanderbilt Law Review* 63 (2010).

YURACKO, K. A., “Education off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling”, *California Law Review* 96 (2008).

Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas, publicado por OSCE-ODIHR, Varsovia, 2008.