

# EDUCACIÓN EN FAMILIA. AMPLIANDO DERECHOS EDUCATIVOS Y DE CONCIENCIA

**IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ**

*Coordinadora*



María Remedios Belando Montoro  
Ana Isabel Berrocal Lanzarot  
Irene María Briones Martínez  
Laura Bujalance Fernández-Quero  
Rafael Caballero Sánchez  
Arturo Canalda González  
Javier Escrivá Ivars  
Ángel López-Sidro López  
Francisco López Rupérez

Ana Llano Torres  
José María Martí Sánchez  
Lorenzo Martín-Retortillo Baquer  
María Moreno Antón  
Javier Sánchez Vera  
Alma Rodríguez Guitián  
Lourdes Ruano Espina  
Santiago Ruiz de Temiño Íñigo  
María José Valero Estarellas

*Dykinson, S.L.*



**EDUCACIÓN EN FAMILIA.  
AMPLIANDO DERECHOS EDUCATIVOS  
Y DE CONCIENCIA**



**IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ**  
COORDINADORA

**EDUCACIÓN EN FAMILIA.  
AMPLIANDO DERECHOS EDUCATIVOS  
Y DE CONCIENCIA**

AUTORES

BELANDO MONTORO, MARÍA REMEDIOS  
BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL  
BRIONES MARTÍNEZ, IRENE MARÍA  
BUJALANCE FERNÁNDEZ-QUERO, LAURA  
CABALLERO SÁNCHEZ, RAFAEL  
CANALDA GONZÁLEZ, ARTURO  
ESCRIVÁ IVARS, JAVIER  
LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, ÁNGEL  
LÓPEZ RUPÉREZ, FRANCISCO  
LLANO TORRES, ANA  
MARTÍ SÁNCHEZ, JOSÉ MARÍA  
MARTIN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO  
MORENO ANTÓN, MARÍA  
SÁNCHEZ VERA, JAVIER  
RODRÍGUEZ GUTIÁN, ALMA  
RUANO ESPINA, LOURDES  
RUIZ DE TEMIÑO ÍÑIGO, SANTIAGO  
VALERO ESTARELLAS, MARÍA JOSÉ

 *Dykinson, S.L.*

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Irene María Briones Martínez

© Los autores

Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfonos (+34) 915 44 28 46 - (+34) 915 44 28 69  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>  
Consejo editorial: véase [www.dykinson.com/quienessomos](http://www.dykinson.com/quienessomos)

I.S.B.N.: 978-84-9031-901-7

Preimpresión e impresión:  
SAFEKAT, S. L.  
Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L  
Complejo Neural - 28021 Madrid  
[www.safekat.com](http://www.safekat.com)

*A los Profesores Rafael Navarro Valls, José Pérez Adán, Carmen Urpi Guercia y Lourdes Ruano Espina, en reconocimiento a sus trabajos de investigación y a la promoción de congresos a favor de la libertad de conciencia y los derechos educativos de las familias.*



# ÍNDICE

<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<i>Ilmo. Sr. D. Francisco López Rupérez (Presidente del Consejo Escolar del Estado)</i>	

## **PRIMERA PARTE ESTUDIO JURÍDICO DE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA**

### **CAPÍTULO PRIMERO. LA FAMILIA Y EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR. Delimitando derechos educativos y de conciencia.**

<b>«La protección del menor y la educación en familia»</b> .....	21
<i>Excmo. Sr. D. Arturo Canalda González (Ex - defensor del Menor y actual Presidente del Tribunal de la Cámara de Cuentas en la Comunidad de Madrid)</i>	

<b>«La importancia de la educación en familia para el desarrollo integral del menor»</b> .....	29
<i>Ilmo. Sr. D. Javier Escrivá-Ivars (Director del Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra)</i>	

### **CAPÍTULO SEGUNDO. LAS LEYES DE EDUCACIÓN Y LA EDUCACIÓN EN FAMILIA**

<b>«Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia»</b> .....	39
<i>Prof. Doña Irene María Briones Martínez (Profesora Titular. Acreditada como Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid)</i>	

<b>«Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español»</b> .....	89
<i>Ilmo. Sr. D. Rafael Caballero Sánchez [Subdirector general de coordinación académica y régimen jurídico, dentro de la Dirección General de Política Universitaria del MECD y Profesor de Derecho Administrativo (UCM)].</i>	

<b>«Educación en casa y crisis del estado del bienestar»</b> .....	99
<i>Prof. D. Ángel López-Sidro López</i> (Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Jaén)	

### **CAPÍTULO TERCERO. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL GRAN RETO: EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS**

<b>«Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias»</b> .....	111
<i>Prof. Doña Lourdes Ruano Espina</i> (Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Salamanca)	

<b>«Consecuencias penales de la educación en casa»</b> .....	143
<i>Prof. D. Javier Sánchez Vera</i> (Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid)	

<b>«La regulación del <i>homeschooling</i> ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad»</b> .....	161
<i>Prof. Doña Ana Llano Torres</i> (Contratado Doctor de Filosofía. Universidad Complutense de Madrid)	

<b>«Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa»</b> .....	181
<i>Prof. Doña Alma Rodríguez Guitián</i> (Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid)	

<b>«La responsabilidad civil de los padres en la educación de sus hijos»</b> .....	193
<i>Prof. Doña Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i> (Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid)	

### **CAPÍTULO CUARTO. LA RESPUESTA DEL DERECHO ESPAÑOL Y DEL DERECHO COMPARADO. Análisis legislativo y jurisprudencial en España, de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del alcance de los instrumentos internacionales**

#### **España y la educación en familia**

<b>«La educación en casa y el artículo 27 de la Constitución en la doctrina del Tribunal Constitucional»</b> .....	215
<i>Prof. Doña María Moreno Antón</i> (Profesora Titular. Acreditada como Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid)	

<b>«Análisis de la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución»</b> .....	229
<i>Prof. D. José María Martí Sánchez</i> (Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado en Albacete. Universidad de Castilla-La Mancha)	

### Europa y la Educación en Familia

- «**Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la “enseñanza en casa”**» ..... 249  
*Prof. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer* (Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid)
- «**Homeschooling en Europa**» ..... 273  
*Prof. Doña María José Valero Estarellas* (Profesora de Derecho Eclesiástico del Estado en el Centro Universitario Villanueva. Universidad Complutense de Madrid)

## SEGUNDA PARTE APROXIMACIÓN A UN ENFOQUE PEDAGÓGICO

- «**Diversidad de intereses y necesidades de aprendizaje en una sociedad compleja y cambiante: la educación en el hogar como posibilidad**» ..... 299  
*Prof. Doña. María Remedios Belando Montoro* (Profesora Titular de Universidad. Departamento de Teoría e Historia de la Educación. Facultad de Educación. Universidad Complutense de Madrid)
- «**Educación para ser personas. La opción del *homeschooling***» ..... 313  
*Prof. Doña Laura Bujalance Fernández-Quero* (Facultad de Educación. Universidad Internacional de la Rioja)
- «**La familia, primer agente social para aprender la cultura**» ..... 321  
*Prof. D. Santiago Ruiz de Temiño Íñigo* (Universidad de Zaragoza)



## PRÓLOGO

*Francisco López Rupérez*

Presidente del Consejo Escolar del Estado

El *III Congreso Nacional sobre Educación en Familia*, en cuyo acto de inauguración sus organizadores me han invitado amablemente a participar, tiene como *leitmotiv* «la ampliación de derechos». Realmente tengo alguna duda de si cuando en las sociedades avanzadas hablamos de la «educación en familia», se trata de ampliar derechos o simplemente de precisarlos cuando proceda.

La cuestión relativa a la posibilidad, en general, que se otorga a los padres de educar a sus hijos de conformidad con sus propias convicciones se sitúa *prima facie* en el orden de los principios éticos que inspiran concepciones profundas —de los individuos y de las sociedades— sobre el mundo y sobre el hombre. En los países desarrollados estas concepciones se articulan en marcos jurídicos, de distinto rango y alcance, e inspiran, de uno u otro modo, su desarrollo o su interpretación. La problemática de la «educación en familia» se sitúa también en este contexto y ha de ubicarse, por tanto, en ese punto de partida.

Existe un consenso amplio en la comunidad internacional a la hora de reconocer en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos (1948) una suerte de código ético universal, de ideal axiológico transcultural, que ha de inspirar el comportamiento de toda la humanidad y ha de ser respetado por los países signatarios de la misma.

En el ámbito propiamente educativo, el artículo 26 de dicha Declaración Universal establece lo siguiente:

- «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.»

Detrás de este tratamiento normativo, que ha inspirado Constituciones en diferentes países del mundo, se advierte una concepción del individuo como persona y de respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: en el caso que nos ocupa, al derecho de toda persona a la educación, por un lado, y al derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, por otro.

El papel decisivo que desempeña una educación de calidad como derecho nuclear —capaz de hacer viable, por vía de consecuencia, el posterior ejercicio de otros derechos y de otras libertades— está tan interiorizado como principio ético y político en las sociedades desarrolladas que su regulación no es, por lo general, objeto de controversia. Otra cosa diferente ha sucedido con ese segundo pilar cuya interpretación afecta, de hecho, al reparto de papeles y de responsabilidades entre el Estado y los padres, a la hora de asegurar la consistencia y la efectividad del primer pilar: el derecho a la educación.

Probablemente por tal motivo sean varias las normas internacionales que se han pronunciado explícitamente sobre este extremo, desarrollando o especificando el artículo 26.3 de la antes referida Declaración Universal. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), en su artículo 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a «escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas...». El Protocolo de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (1978) en su artículo 2º establece que «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá 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».

La Constitución Española (1978) en su artículo 27 incorpora esos dos pilares básicos de la regulación educativa: el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, concepto jurídico complejo este último que tiene en la libertad de elección de los padres su núcleo fundamental.

Pues bien, en el marco constitucional la problemática de la «educación en familia» se sitúa en el ámbito de los derechos de los padres —y de sus correspondientes obligaciones—; y, a un tiempo, en el de los deberes de los poderes públicos de garantizar el derecho a la educación y el cumplimiento de las leyes a todos. Ambos extremos —el derecho de los padres y las obligaciones de los poderes públicos—, por su propia naturaleza, plantean abiertamente el problema de cohonestarlos. ¿Cómo conciliar ambos cuando pueden parecer, a primera vista, contradictorios?

La solución que se deriva del actual ordenamiento jurídico español en materia educativa, a nivel de norma ordinaria, consiste, pura y simplemente, en considerar la escolarización como fórmula exclusiva de institucionalizar la educación y de encajar en ese marco los derechos de los padres. Esa es también la doctrina establecida por nuestro Tribunal Constitucional —a la vista de una interpretación conjunta de las leyes educativas y de la ley de leyes— en su sentencia de 2 de diciembre de 2010 que merece, como es obvio, su acatamiento y la consideración institucional a la que como Presidente del Consejo Escolar del Estado me adhiero sin reservas.

No obstante, en el plano personal apelo a la libertad de pensamiento para explorar otras vías de solución que van más allá de nuestro actual marco legal. Parece relativamente evidente que un texto normativo que, a diferencia de nuestras leyes orgánicas, no haga de «educación» o de «enseñanza» sinónimos de «escolarización» no puede ser incompatible con el contenido de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos. De otro modo, la multiplicidad de países avanzados que a uno y otro lado del Atlántico han adoptado al respecto una posición más liberal —e incluso, en algún caso, han protegido el derecho a la «educación en familia» desde su texto constitucional— estarían contraviniendo la letra y el espíritu de dicha norma internacional que ellos mismos han ratificado. De hecho, las otras dos normas internacionales más arriba referidas, parecen dar cobertura en su literalidad a las prácticas de ese amplio conjunto de países que han aceptado otras formas de institucionalizar la educación, además de la escolarización, y que admiten, en condiciones reguladas legalmente, la «educación en familia».

A la hora de explorar otras alternativas —que pasan necesariamente por una regulación rigurosa y apropiada— cabe mirar tanto al pasado como al futuro en busca de fuentes de inspiración. En nuestro país durante mucho tiempo las llamadas «enseñanzas libres» estuvieron convenientemente reguladas lo que, además de posibilitar el acceso a la educación a amplios sectores no financiados por el Estado, otorgaba al sistema una mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a circunstancias personales muy diversas. El esfuerzo ininterrumpido, efectuado desde la transición democrática por la sociedad española, en favor de la educación permitió, con el impulso del mandato constitucional, extender la escolarización y garantizar su gratuidad en las etapas obligatorias, e incluso más allá, lo que llevó consigo la supresión del régimen de enseñanza libre. Junto con ello, se perdió también ese margen de flexibilidad compensado, sólo en cierto modo, mediante la fórmula de enseñanzas oficiales a distancia que todavía pervive.

De otro lado, y cuando se mira al futuro, resulta inevitable pensar en el desarrollo espectacular que están teniendo las Tecnologías de la Información y la Comunicación y en su impacto acelerado en el mundo educativo, mediante la generación de materiales novedosos, la articulación de metodologías eficaces y personalizadas, y la disponibilidad en forma ubicua de enseñanzas de excelencia, particularmente en el sector universitario. Por otra parte, los nuevos dispositivos digitales amigables y conectados a internet abren un caudal de posibilidades para la educación escolar aun escasamente materializado. Todo ello transformará inexorablemente en un futuro la manera en que se concibe la educación escolar, tanto presencial como a distancia.

Ambas fuentes de inspiración, con las necesarias adaptaciones, podrían facilitar caminos que permitieran a la sociedad española avanzar hacia el reto consistente en conciliar los derechos de los padres y las obligaciones de los poderes públicos, a la hora de garantizar el derecho a la educación de todos los alumnos en condiciones de calidad. Se trataría de arbitrar fórmulas legales más evolucionadas que las actuales que evitasen prohibir o, en su caso, judicializar comportamientos de familias —aunque sean minoritarias— claramente comprometidas con la educación de sus hijos.

Como señala la antes citada sentencia del Tribunal Constitucional, en el actual marco normativo no tiene cabida la «educación en familia», pero también apunta que «...a la vista del artículo 27 de la CE no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo, en particular, a la enseñanza básica...» El análisis comparado de los procedimientos, tanto legales como prácticos, mediante los cuales un gran número de democracias avanzadas han encontrado la solución (EEUU, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, Francia, Italia, Bélgica, Irlanda, Portugal, etc.) podría servirnos para explorar esa posibilidad legislativa de un modo fundado.



**PRIMERA PARTE**  
**ESTUDIO JURÍDICO DE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA**



**CAPÍTULO PRIMERO**  
**LA FAMILIA Y EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR.**  
**DELIMITANDO DERECHOS EDUCATIVOS**  
**Y DE CONCIENCIA**



# LA PROTECCIÓN DEL MENOR Y LA EDUCACIÓN EN FAMILIA

*Arturo Canalda González*

Ex Defensor del Pueblo

Excmo. Sr. Presidente de la Cámara de Cuentas de Madrid

Es una satisfacción para mí dispar en la apertura de este tercer Congreso Nacional sobre educación en familia. Me gustaría felicitar a la Universidad Complutense por la organización del Congreso que, sin duda, va a responder con éxito al objetivo de compartir diferentes experiencias y dilucidar si resulta oportuno o no, establecer un cauce jurídico apropiado para esta práctica, así como explorar las posibilidades de regulación, sus límites y sus garantías.

Tal como se ha elaborado el programa, creo que no va a quedar ningún aspecto importante sobre la materia sin tratar y estoy seguro de que se va a obtener una valiosísima información y conclusiones de gran trascendencia.

Celebrar este Congreso es un acierto, en primer lugar porque, si bien puede decirse que la educación en casa es una práctica reducida si se compara con el volumen de alumnos escolarizados, lo cierto es que, poco a poco, va cobrando relevancia y adquiriendo una mayor presencia en la sociedad.

En España no hay cifras sobre el número de niños educados en su hogar, dado que no existe un censo o registro, pero sí pueden encontrarse diferentes referencias que lo sitúan en torno a 2000 familias<sup>1</sup>, otras en torno a 1200<sup>2</sup>. Seguro que las asociaciones aquí presentes pueden ofrecer cifras más ajustadas, teniendo en cuenta el número de afiliados.

Recientemente<sup>3</sup> se publicaban en la web declaraciones de la portavoz de la Coordinadora *Educación en Familia* (EeF) en Cataluña en las que hace referencia al aumento de un 20% de familias catalanas de homeschoolers en los últimos dos años, lo que sitúa el número de familias que educan a sus hijos en casa en Cataluña en unos 500 y 1500

---

<sup>1</sup> M.J. Belando Montoro. El movimiento desescolarizador y la alternativa de la educación en el hogar. La práctica de esta modalidad educativa en España. XXVIII Seminario Interuniversitario de la Teoría de la Educación «Escuela hoy. La teoría de la educación en el proceso colectivo de construcción del conocimiento». Universidad de Oviedo. Noviembre de 2009.

<sup>2</sup> C. Cabo. El *homeschooling* en España. Descripción y análisis del fenómeno. Cfr. En <http://www.tdx.cat/>, pp. 29-31.

<sup>3</sup> Cfr. En *Hazte Oir.org* (consultado, 24/09/2012).

alumnos, y en toda España en unas 2000 familias y 5000 alumnos. Lo que parece evidente, como digo, es que el fenómeno es creciente en nuestro país.

En lo que se refiere al resto del mundo, más de 2000 millones de padres estadounidenses<sup>4</sup> han optado por esta modalidad, en los últimos años también se ha ido desarrollando en Europa, con diferentes regulaciones según los países, asunto que se abordará con detenimiento en la mesa redonda de mañana. Por ejemplo Portugal reconoce esta práctica con evaluaciones a los 4, 6, y 9 años; en Francia también se permite con controles anuales; en Italia, los padres deben demostrar capacidad técnica y económica para ejercer de profesores, informar cada año las autoridades; etcétera.

En cuanto a las razones que motivan esta práctica, casi puede decirse que hay tantas como familias. Se han alegado razones de desconfianza hacia el sistema educativo, creencias religiosas o convicciones personales, y lo cierto es que quienes han adoptado este sistema, consideran que sus beneficios son múltiples y confiesan que, para ellos, resulta más gratificante y seguro hacerse cargo de la educación de sus hijos.

Puede decirse que entre los niños que hacen escuela en casa hay, principalmente dos tipos. Los que están matriculados en algún centro a distancia (normalmente extranjeros y con títulos homologados en España), y siguen el currículum oficial del ministerio de educación y ciencia, usan libros de texto y tienen sus horarios de estudio.

Pero también existe un grupo que no está matriculado en ningún centro, ni sigue ningún currículum, y horas de estudio asignadas a determinadas materias como se entiende en el ámbito escolar, sino que buscan el aprendizaje en todas partes. Es lo que se conoce como «unschooling».

Aunque habrá tiempo de abordarlo con detenimiento a lo largo del Congreso, veamos sucintamente cuál es la situación legal de la educación en casa.

La Constitución Española (CE), en su artículo 27 consagra el derecho de todos los ciudadanos a la educación, reconoce la libertad de enseñanza y establece la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Además otorga a la enseñanza básica el carácter de obligatoria y gratuita. Esta previsión se repite en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de educación, en su artículo 4.2, se ocupa de señalar que la enseñanza básica, obligatoria y gratuita para todas las personas, comprende 10 años de escolaridad.

Además, España es parte de diversos tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño y otros, en los que la enseñanza básica se define como obligatoria y el artículo 10.2 de la CE obliga a interpretar nuestra Constitución conforme a tales textos.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, la Ley 6/1995, de 28 de mayo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 46 establece que: la Administración autonómica garantizará el cumplimiento del derecho y obligación a la escolaridad obligatoria, estableciendo medidas positivas en colaboración con las administraciones locales conducentes a compartir el absentismo escolar.

Además, califica de infracción, leve o grave, según se produzcan perjuicios sensibles para los menores, (artículo 98 y 99), el no gestionar plaza escolar para un menor en período de escolarización obligatoria por los padres, tutores o guardadores; así como

---

<sup>4</sup> Terra 13 de septiembre de 2012. También elpais.com 16/02/2012 la educación en casa aísla y la doctrina

no procurar o impedir la asistencia al centro escolar de un menor en período de escolarización obligatoria, disponiendo de plaza sin causa que lo justifique, por parte de padres, tutores o guardadores.

Por tanto, nuestra normativa no sólo no hace referencia expresa a la modalidad de educación en casa, sino más bien el legislador parece equiparar educación obligatoria con escolarización obligatoria.

Estas previsiones normativas, sin embargo, no han evitado que determinadas familias, por diversos motivos a los que antes me he referido, hayan optado por sacar a sus hijos del sistema escolar, o incluso no incorporarles nunca al mismo, asumiendo la propia familia la función educativa.

Cuando estas situaciones excepcionales se han detectado desde los servicios administrativos (el propio centro escolar, los servicios sociales, etc.), la Administración ha puesto en marcha los protocolos de absentismo, dirigidos a investigar las causas de inasistencia a clase y aplicar las medidas para que el menor se reincorpore cuanto antes a la escuela.

El itinerario a seguir se inicia a través del propio centro, que contacta con los padres. Si no se resuelve, el asunto pasará a los servicios sociales que verificarán si se trata de un supuesto de desprotección del menor. Agotada la actuación de unos y otros, se daría traslado a la policía para la elaboración del correspondiente atestado que se remitirá al Ministerio Fiscal, al objeto de plantearse si formula denuncia contra los padres, tutores o guardadores, o insta medidas protectoras.

En algunos casos la fiscalía ha propuesto al servicio de protección de menores la imposición de multas a aquellos progenitores en los que se ha apreciado actitud negligente, previa citación y advertencia de las consecuencias del absentismo por las fiscalías de protección. También los fiscales han requerido la intervención de los servicios sociales en situaciones de riesgo que no impliquen desprotección y, en supuestos especialmente graves, se han remitido oficios al área penal a los efectos de la posible responsabilidad de los padres (artículo 226 del Código penal).

Las respuestas jurídicas a esta práctica han ido, por tanto, desde la incubación del expediente de absentismo hasta la sanción penal por abandono de familia.

Como puede verse, el itinerario se inicia de manera casi automática, sin entrar antes a valorar las razones por las que esta situación se ha producido. A mi juicio, lo que parece claro es que no se puede abordar de igual manera, ni generar la misma respuesta a la actitud de los padres que, por desidia o falta de dedicación dejan de llevar a sus hijos al colegio, pudiendo incurrir en un delito de abandono de familia, de la de aquellos otros que toman una decisión consciente y meditada de educar a sus hijos fuera de la escuela, con la intención de procurarle su mejor interés.

En esta misma línea, los pronunciamientos judiciales también han venido siendo bien distintos, incluso llegando a sugerir algunas sentencias, que deben ser otras instancias, y no la judicial, las que deben ocuparse de este tipo de conflictos.

Como ejemplo de ello, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo número 1669/1994, de 30 de octubre<sup>5</sup> que resalta categóricamente al señalar que: «...debemos mantener el derecho penal alejado de estos debates y evitarle la tentación de entrar de manera ligera, insegura y peligrosa en la perenne discusión sobre la idoneidad de los modelos educativos».

---

<sup>5</sup> Cfr. En Aranzadi RJ 1994/8334.

Y continúa el Tribunal Supremo: «si bien la libertad de creación de centros docentes incluye la posibilidad de crear instituciones docentes educativas que se sitúen fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la acción educativa está limitada por el respeto a los derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia. Esta posibilidad excluye del tipo penal, los modelos de enseñanza que se desarrollan en el ámbito estricto de un núcleo familiar clásico o incluso en comunidades cerradas de estructura cuasi familiar sin perjuicio de la indeclinable obligación de los poderes públicos de velar por el cumplimiento de las previsiones mínimas que no son otras que garantizar el respeto a los principios constitucionales».

Por su parte, el Tribunal Constitucional<sup>6</sup> entendió que la facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación no reglada no forma parte de la libertad de enseñanza. Dice literalmente: «por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de una parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el artículo 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden» (FJ5º).

Tampoco está comprendida: «en el derecho de todos a la educación (artículo 27.1 CE), que no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad de decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, este derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento *prima facie*, de una libertad de los padres para elegir centros docentes (ATC 382/1996, de 18 diciembre, FJ 4º) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE)» (FJ 5º).

Lo cierto es que, a día de hoy, continúa abierto el debate entre quienes, siguiendo la interpretación hecha por el legislador sostienen que la enseñanza básica debe ser sinónimo de escolarización y aquellos otros que defienden que, dentro del marco constitucional cabe también una interpretación distinta.

¿Qué argumentan jurídicamente los padres a favor del *homeschooling*?

Sustancialmente que la Constitución no impone la escolarización obligatoria, sino la enseñanza básica obligatoria. A su entender, el artículo 27 de la CE reconoce diferentes derechos y bienes jurídicos que han de ponderarse en este sentido, la libertad de enseñanza incorpora también la facultad de educar a los hijos siguiendo una metodología de pedagogía e incluso puede apartarse de la establecida por el legislador cuando fija el sistema educativo general.

Además, la imposición de una escolarización obligatoria, no resulta indispensable si se tiene en cuenta la realidad comparada de países de nuestro entorno en los que se reconoce la práctica de la educación en familia y tampoco resulta razonable, puesto que los padres, lejos de pretender hacer una dejación de sus deberes, lo que pretenden es ofrecer a sus hijos una educación individualizada.

---

<sup>6</sup> Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre. Cfr. En *BOE núm. 4*, de 5 de enero de 2011.

Aprovechando la elaboración del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), el colectivo de padres que educan en el hogar han solicitado, entre otras medidas: que se reconozca este modelo educativo dentro del marco de libertades y derechos reconocidos por la Constitución y los demás pactos internacionales y leyes locales, y que se flexibilice el sistema de funcionamiento de los centros escolares, de tal forma que haya cabida para las familias que necesiten combinar varios modelos de enseñanza.

Veamos cuál fue la postura del Defensor del menor en este asunto, así como de otros Defensores.

Lo cierto es que no fueron muchas las quejas recibidas en la institución relativas a la escuela en casa, lo que nos impidió valorar con suficiente rigor la dimensión del fenómeno y sus verdaderas repercusiones en el correcto desarrollo y evolución de los niños.

El Defensor del Menor, en el respeto a su ámbito competencial, restringido a la comunidad de Madrid, no formuló ninguna resolución concreta sobre esta materia, dado que afecta e incide en normas básicas de desarrollo del artículo 27 de la CE, pero sí tuvo oportunidad de pronunciarse públicamente en diferentes foros manifestando algunas dudas al respecto de los asuntos: de un lado, *la preparación pedagógica* de quien a su vez educa a los niños y, de otro, la especial atención que merece *la socialización* de los niños que se ven inmersos en esta práctica; ambos, argumentos muy familiares para quienes se dedican a la educación en casa. Antes de entrar en estos dos aspectos, debo subrayar que el único interés que movía a una institución como la que fue el Defensor del Menor es el *interés superior del menor*, cuya consideración primordial, tal como declara el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989, debe inspirar 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.

Desde este punto de vista y desde el respeto a su interés superior, la familia no puede ser una excepción, una zona franca<sup>7</sup>, como alguien ha dicho. Es necesario buscar el equilibrio entre la libertad de los padres de escoger la formación que quieren para sus hijos y el derecho de los menores a la educación, como parte del libre desarrollo de su personalidad.

¿Qué padre no pretende actuar en beneficio del interés de su hijo? Sin embargo a pesar de algo tan obvio, más de una vez hemos presenciado como esta buena intención no ha impedido que, en ocasiones, se vulneren los derechos de los niños.

Por eso, hemos defendido, que en el ejercicio de la patria potestad, no puede haber una discrecionalidad absoluta, sino que debe perseguir el interés superior del menor.

Al respecto de la primera de las objeciones que desde la institución se pusieron de manifiesto, es decir, la necesaria formación de los padres, se partía de la consideración de que no todos los padres están académicamente cualificados para instruir a sus hijos, desde nuestro punto de vista es imprescindible contar con destrezas y conocimientos básicos que faciliten el aprendizaje de los menores, y no sólo el deseo de hacerlo, sobre todo cuando los contenidos se van haciendo más complejos

---

<sup>7</sup> M.J. Valero Estarellas. Derechos educativos y *homeschooling* en España: situación actual y perspectivas de futuro. En <http://eprints.ucm.es/15784/>

Esta necesidad precisamente hace que, en la mayoría de los casos, los padres no sean los únicos instructores de sus hijos<sup>8</sup>. Pueden mencionarse como ejemplo la encuesta realizada para la elaboración de la tesis de Carlos Cabo, en la que se observa que son mayoría, casi dos tercios (64%), los que recurren al apoyo de otras personas y de otras instancias para instruir a los menores. Tan sólo un tercio de los padres (32%) enseña a sus hijos sin la ayuda de otras personas.

Por otra parte, debería ser también imprescindible que la enseñanza se ajuste a los mínimos exigibles y que los contenidos sean acordes con los principios constitucionales.

La segunda cuestión sobre la que esta práctica generó inquietud en la Institución del Defensor del Menor, es la relativa a la socialización de los niños educados en casa.

Según datos arrojados por la encuesta antes citada, en cerca de ocho de cada diez familias<sup>9</sup>, los niños reciben un tipo de socialización que no difiere sustancialmente de la que reciben los menores educados en la escuela, pues se relacionan con otros niños de su edad, sin ningún tipo de restricción. Sin embargo, en casi todas de cada diez familias, los niños sí que ven restringida su socialización, pues sólo contactan con adultos y con otros menores también educados en casa, como ellos. Este segundo grupo es el que puede crear dudas y suspicacias en la sociedad.

Nadie pone en duda que la interacción con los demás es fundamental en el desarrollo de la persona y condiciona de manera esencial el proceso de socialización en las relaciones del niño, es donde se va a modelar su personalidad, el sentimiento de su propia identidad, la visión de sí mismo, de los demás y del mundo, por eso educar también es proporcionar a los niños situaciones de relación, con sus iguales y los adultos.

Partiendo de esta premisa indiscutible, hay quien opina que convivir con otros niños y niñas, jugar en el recreo, pelearse, hacer amistades y tener problemas con los profesores forma parte del proceso educativo, en un terreno, además, donde los menores pueden desenvolverse sin la tutela de los padres, allí escuchan otros puntos de vista, conocen personas que proceden de otras culturas, o de otros estratos socioeconómicos y esta diversidad de la mente favorece el respeto hacia el otro.

La escuela favorece nuevas relaciones, ofrece un universo rico en estímulos y facilita la integración de los diferentes. También evita la excesiva dependencia de los padres, la sobreprotección y facilita la formación de criterios propios que, a su vez, servirán para enriquecer a la familia.

Otros Defensores se han pronunciado de diferentes formas, el Defensor del Pueblo andaluz, ha entendido que la Constitución Española, al referirse al derecho a la educación, no impone que la formación de base sea adquirida necesariamente a través de la escolarización de los menores en el sistema educativo formal y reclama a la administración educativa que se plantee la necesidad de regular esta práctica en beneficio de los menores afectados y sus familias.

El Ararteko<sup>10</sup> reclama que la Administración educativa vasca trate de promover un debate, que teniendo presente su ámbito de competencias, permita reflexionar sobre la procedencia de un reconocimiento legal de formas alternativas de educación como la del *homeschooling*.

---

<sup>8</sup> C. Cabo. El *homeschooling* en España: descripción y análisis del fenómeno, ob.cit.

<sup>9</sup> Idem, nota número 8.

<sup>10</sup> Resolución de 15 de enero de 2008.

Por su parte, el Defensor del Pueblo de España ha señalado que la escolarización de los alumnos en edad de cursar la educación básica viene impuesta por prescripciones de la legislación educativa vigente de las que se deduce, además del carácter obligatorio de educación básica, que la misma comprende 10 años de escolaridad.

Señala además que, aunque la disposición legal podría haber optado por otras soluciones normativas y distintas de la empleada, entre ellas, por alguna que hiciera posible la fórmula del *homeschooling*, pero este argumento no es más que suficiente para que el Defensor del Pueblo cuestione la norma, o sugiera su modificación, sobre todo después de la sentencia del TC que antes he citado.

Hay autores que han destacado el interés de realizar estudios longitudinales que permitan determinar si este tipo de educación produce en la vida adulta efectos distintos a los ocasionados por la escolarización y si es así, identificarlos.

Tienen en cuenta todos estos argumentos, a favor y en contra de su práctica; a favor y en contra de su regulación, así como la experiencia comparada de países de nuestro entorno, entiendo que es plenamente oportuna una recepción que permita superar la situación de inseguridad jurídica en la que se encuentran las familias afectadas, sobre todo cuando el perjudicado por dicha inseguridad puede ser un menor.

Es verdad que muchas de las familias que practican la educación en casa solicitan reconocimiento legal y no regulación, con el fin de no verse limitada su libertad. Simplemente solicitan no estar bajo sospecha, o sufriendo sanciones y que sus hijos tengan acceso a los exámenes viales para obtener las correspondientes titulaciones a la misma que los niños escolarizados.

Sin embargo, desde un punto de vista para los derechos del menor, se inscribirían las posturas favorables a regularlo y hacerlo desde su consideración como una vía excepcional a mi juicio, el punto de partida no es el derecho de los padres, sino el de los menores a recibir la mejor educación, en el contexto más adecuado, con las mayores garantías y que les permita obtener las mejores perspectivas de futuro en igualdad de condiciones con el resto.

El temor a que la educación en casa pueda ocultar situaciones de ausencia de educación, de abandono, de esa tensión o negligencia, el uso de abusos, nos hace sentirnos en una postura propicia al establecimiento de un marco jurídico que regule esta práctica, que de hecho ya se está produciendo, que la misma se realice con las máximas ganancias de protección y seguridad.

Dicho marco jurídico podría solventar también las dudas acerca de la correcta socialización de los menores, así como de los contenidos educativos y su adecuación a los mínimos exigibles. Asimismo, deslindaría por fin la educación en casa, del mero absentismo escolar o desatención.

Desde esta posición garantista de los derechos del menor que antes he mencionado y para el caso en que se decidiera optar por regular el *homeschooling*, hay determinados mínimos en mi opinión que serían irrenunciables, por estar indisolublemente ligados al interés superior del niño:

- Que la formación que se imparta garantice el avance académico en igualdad de condiciones que el resto.
- Que los contenidos educativos garanticen el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y los principios consagrados en la Constitución.
- Que no implique aislamiento y se garantice la socialización de los menores

Lógicamente, esto supondría someter la educación en casa a algún tipo de seguimiento o control periódico, al estilo del que se practica en otros países de nuestro entorno.

En definitiva, se trataría de abordar la cuestión desde la tolerancia y la libertad para hacer prioritario el respeto al interés superior del menor.

Probablemente tengamos que plantearnos también otras modificaciones en nuestro sistema educativo, en dirección parecida. Hace poco se publicaba un artículo sobre el sistema educativo finlandés según el cual la receta de Finlandia para ser el número uno en la educación de Europa<sup>11</sup> se resumía en tres aspectos que en realidad forman uno solo: menos horas en el colegio, más conciliación de la vida laboral y familiar, e implicación de los padres

Quizá tengamos que trabajar más en la línea de una más y mejor conciliación de la vida familiar y laboral que permita ajustar los horarios de manera más compatible para una mayor y mejor convivencia de los niños (especialmente de corta edad) con sus padres, de forma que se pueda equilibrar mejor la escolarización y la vida en familia.

Son preguntas que se resolverán sin duda a través de las ponencias y del debate que se va a generar, por eso es plenamente oportuna la celebración de este Congreso. Felicitamos por otra vez a los organizadores por las importantes aportaciones que se van a lograr recopilar. Estamos seguros de que todas estas interesantes conclusiones van a enriquecer a las familias, a los profesionales que trabajan día a día en beneficio de la infancia y ojalá también a las administraciones al abordar la modificación de la normativa educativa.

---

<sup>11</sup> Vid., Así consigue Finlandia ser el número 1 en educación en Europa. En <http://www.abc.es> (9/10/2012).

# LA IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA. PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DEL MENOR

*Javier Escrivá Ivars*

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de Valencia

## 1. LA FAMILIA, COMUNIDAD DE GENERACIONES Y GARANTE DE UN PATRIMONIO DE TRADICIONES

La persona se encuentra en la familia con sus antepasados, con un patrimonio de experiencia que es suyo por el simple hecho de nacer en el seno de esa familia en concreto. Más allá de su ser único e irrepetible, la persona nace con algo propio que le trasciende y que le es transmitido por sus padres, quienes a su vez lo recibieron de sus antepasados. Es un patrimonio generacional que sobrepasa en mucho a los bienes materiales: *la memoria de la familia*. Con su paulatina maduración personal, los niños aprenderán a conjugar ese patrimonio familiar con sus propias experiencias vitales. La familia se nos muestra así como una comunidad de generaciones y garante de un patrimonio de tradiciones, que comprende no sólo a padres e hijos, sino también a los abuelos y antepasados.<sup>1</sup>

## 2. LA PRIMERA FUNCIÓN DE LA FAMILIA ES LA FUNCIÓN EDUCADORA

La primera función de la familia, la que se desprende más inmediatamente de su ser, o, más bien, la que se confunde con él, es la función educadora. En la familia el hombre se descubre a sí mismo como persona, en la familia aprende a amar, a estimar la vida, a respetar a los demás, a soportar el dolor y a compartir la alegría.

La familia es escuela de vida, es fuente y garantía de la humanización de las nuevas generaciones, es la primera experiencia de la sociabilidad humana, es germen de virtudes

---

<sup>1</sup> Ningún hombre se ha dado el ser a sí mismo ni ha adquirido por sí solo los conocimientos elementales para la vida. Todos hemos recibido de otros la vida y las verdades básicas para la misma, y estamos llamados a alcanzar la perfección en relación y comunión amorosa con los demás.

personales y convivenciales, es lugar privilegiado de encuentro y de diálogo intergeneracional, es raíz del sentimiento de fraternidad entre los miembros de la sociedad, es escuela de solidaridad, es escuela de tolerancia, es escuela natural e insustituible del matrimonio y de la familia futura de los hijos, etc. En fin, la familia es el hábitat natural para nacer, crecer y morir precisamente como personas.

No hay en toda la sociedad otra realidad educativa, en sí y por sí misma, que contenga un poder educativo de efectos tan penetrantes, tan amplios y duraderos como los que tiene la familia, verdadera escuela viviente de colosal trascendencia para la madurez psicológica de las personas y para la calidad humana de los lazos sociales, cuya productividad, rentabilidad y coste económico resultan incalculables.

Con relación a esta vertiente, otra dimensión de la educación familiar es la transmisión de valores, lengua, signos y tradiciones de muy diverso tipo, que representan el propio patrimonio cultural, que identifican la historia, las tradiciones y las expectativas hacia el futuro del pueblo y de la nación a los que se pertenece solidariamente junto a muchas otras personas.

### **3. LAS TRES DIMENSIONES DE LA RESPONSABILIDAD EDUCADORA DE LOS PADRES EN LA FAMILIA**

La responsabilidad educadora de los padres en la familia se despliega en tres vertientes o dimensiones: *la crianza, la socialización y la personalización ética*.

La primera vertiente es la *crianza*, que mira a la conservación y la maduración física y psíquica de los hijos: los alimentamos, los vestimos, cuidamos de su salud, de su desarrollo y de su crecimiento.

La segunda vertiente es la *socialización*, en cuya virtud los padres procuran a los hijos el aprendizaje de aquellos conocimientos necesarios para incorporarse a la sociedad como miembros activos y productivos.

Lo hacen directamente y a través de las escuelas y las instituciones públicas o privadas de enseñanza y de capacitación.

La tercera vertiente es la *personalización ética*. Los hijos son personas, pero necesitan descubrir en sus vidas el significado moral de ser una persona y, sobre todo, las consecuencias de ello en sus comportamientos, en sus actitudes y en sus relaciones con los demás. Y todo ello pasa, fundamentalmente, por la educación en las virtudes humanas (prudencia, justicia, fortaleza y templanza), y en los valores personales que de ellas se derivan (la alegría, el optimismo, la humildad, la misericordia, la generosidad, la paciencia, la sinceridad, la cooperación, el respeto, el perdón, la confianza, el buen humor, el orden, la sencillez, la obediencia, la audacia, la perseverancia, la amistad, la lealtad, la laboriosidad, la sobriedad, el optimismo, la flexibilidad, etc.).

La acción más excelente de la persona es amar de verdad, con bondad y belleza. Así pues, la educación personalizadora de los hijos es la más profunda y valiosa de las tres vertientes de la educación paterna y materna. Dura toda la vida. Se ejerce en cada edad del hijo, hasta la muerte de los padres, con modalizaciones adecuadas y diferentes de la autoridad de los padres, del testimonio vivo de sus ejemplos, y mediante la compañía y el consejo.

Esta responsabilidad de los padres, sobre todo en su tercera vertiente, exige un cumplimiento directo, personal e íntimo. No puede ser suplida por otros agentes. Al cumplir directa e íntimamente esa responsabilidad, se genera entre padres e hijos, de forma natural, una forma autónoma de comunidad, un hábitat de vida interpersonal y de intimidad propio, que llamamos el hogar familiar<sup>2</sup>.

#### 4. LOS PADRES, PRIMEROS Y PRINCIPALES EDUCADORES DE SUS HIJOS

No resulta muy difícil entender que —como tantas veces se ha afirmado—: los padres son los primeros y principales educadores de sus hijos. Al dar la vida, los padres reciben la responsabilidad no sólo de nutrir y satisfacer las necesidades materiales y culturales de sus hijos, sino, sobre todo, el deber-derecho de ser los principales educadores de sus hijos. Se trata de un deber y de un derecho esencial, primario, insustituible e inalienable<sup>3</sup>. Esta responsabilidad, por lo tanto, no puede ser delegada a otras instituciones que, lejos de suplantarse la misión educativa de los padres, se deben poner a su servicio.

La educación familiar empieza con una relación fuerte y cariñosa entre los propios padres. Ser padres no es algo que pueda hacerse de forma aislada, sino que ocurre dentro de las familias en las que hay cariño, confianza y respeto. Independientemente de que una familia esté compuesta por tres, por seis o por diez personas, la calidad de las relaciones entre ellas es crucial para el bienestar de todas y cada una de ellas en particu-

---

<sup>2</sup> P. J. VILADRICH. *El valor de los amores familiares*, Madrid, 2005.

<sup>3</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos (10-XII-1948), en el artículo 26 señala el derecho de los padres a elegir la educación que prefieren para sus hijos, y es más significativo aún el hecho de que los firmantes incluyan este principio entre los básicos que un Estado no puede negar o manipular. La educación es una actividad primordialmente paterna y materna, cualquier otro agente educativo lo es por delegación de los padres y subordinado a ellos. Los *padres son los primeros y principales educadores de sus propios hijos*, y en este campo tienen incluso una *competencia fundamental*: son *educadores por ser padres*.

Son múltiples las razones que justifican el interés de los poderes públicos por la enseñanza. Desde el punto de vista práctico, es un hecho contrastado a nivel internacional que el crecimiento efectivo de la libertad y el progreso socio-económico de las sociedades se basa en la necesidad de que los poderes públicos garanticen un cierto nivel cultural en la población; pues una sociedad compleja sólo podrá funcionar correctamente si se da una adecuada distribución de la información y los conocimientos proporcionados para su oportuna gestión; así como la suficiente comprensión de las virtudes y de las normas que posibilitan la convivencia civil y condicionan los comportamientos individuales y colectivos.

Basta pensar, por ejemplo, en la importancia de combatir el analfabetismo para mejorar la justicia social, para entender que el Estado tiene poderes, funciones y derechos indeclinables en materia de promoción y difusión de la educación, a la que todo hombre tiene un derecho inalienable.

Esto justifica, como concreta exigencia del bien común, que el ordenamiento estatal establezca ciertos niveles de enseñanza cuyo eficaz aprovechamiento puede legítimamente condicionar el acceso a determinadas carreras universitarias o a otros tipos de actividades profesionales.

En este contexto, se puede plantear el problema de si las competencias de los padres y las del Estado resultan desacordes o incompatibles o, por el contrario, pueden llegar a ser complementarias. En todo caso, cabe preguntarse: ¿cómo se relacionan entre sí?, ¿hasta dónde puede legislar el Estado sin suplantarse el derecho de los padres, o cuándo podría intervenir para garantizar los derechos de los niños frente a sus padres?

En realidad, se trata de cuestiones que no tocan la función que, de suyo, respecto a la enseñanza, corresponde al Estado. Sin embargo, contrariamente a lo que sería deseable, se observa una tendencia en los poderes públicos a asumir de modo cada vez más exclusivo la función educativa, alcanzando en ocasiones niveles de monopolio casi total de la escuela.

lar. Y la calidad de esas relaciones familiares está basada en el respeto y en el amor mutuo, en la comunicación entre sus miembros, y en compartir las vidas tanto a nivel emocional como material.

Una familia unida no ocurre por accidente, sino que se va formando y alimentando con los compromisos, con las actitudes y los comportamientos de sus miembros. Una familia no podrá ser fuerte, no podrá prosperar ni crecer como familia si sus miembros no están comprometidos con el crecimiento de cada uno, si no son capaces de darse, de comunicarse, de compartir, de respetarse, de admirarse, de sacrificarse, de perdonar, de amar y dejarse amar; si no son capaces de confiar, de agradecer, de tener sentido del humor y ser amables; si no tienen capacidad para manejarse ante las crisis de una manera positiva. En definitiva, si no se comprometen e interesan los unos por los otros, si no se dedican tiempo y si no se cuidan día tras día, año tras año.

## 5. EDUCACIÓN FAMILIAR E INSTRUCCIÓN ACADÉMICA

Muchos padres tienden a reducir la educación familiar casi a los resultados de sus hijos en el colegio: matemáticas, ciencias naturales, idiomas, etc. Y sin embargo, esa dimensión es la menos esencial y, por tanto, menos familiar de la educación del hombre como persona. La educación, en cambio, es aquel proceso de mejora de toda persona en la captación de la verdad, del bien y de la belleza para, luego, vivir en consonancia con lo descubierto. Los padres son los primeros maestros y educadores.

Sin embargo, con demasiada frecuencia se tiende a valorar sólo la dimensión socialmente útil o rentable de la verdad, del bien o de la belleza. No se quiere tanto que los hijos sean personas que se eduquen para encontrarse seriamente con la verdad, el bien o la belleza; cuanto que sean preparados en el colegio, y más tarde en las Facultades y Centros profesionales, para «poseer un oficio rentable». Se confunde el objeto de la educación, con aquella parte de la instrucción que «pueda dar dinero», que sirva para una colocación rentable o socialmente prestigiosa de los hijos, etc. Y así, desde la cuna, se educa a los niños para convertirse en sujetos de producción, en sujetos rentables, en números útiles. No se les hace personas, se les reduce a «productores»<sup>4</sup>.

## 6. TODO ACTO FAMILIAR EDUCA O DEFORMA

Para un hijo, sus padres le están educando desde la concepción hasta la muerte: todo acto familiar, educa o deforma.

Los psicólogos y psiquiatras especializados en la infancia saben bien hasta qué punto el tipo de relación que exista entre los padres y el niño tiene influencia en el comportamiento y en la personalidad del menor. Por ejemplo, si los padres demuestran actitudes y conductas rígidas, autoritarias y violentas es casi seguro que los hijos se muestren tímidos, retraídos, inseguros o rebeldes y agresivos; un ambiente donde se perciba violencia y discusiones entre los integrantes se convertirán en factores que desencadenen problemas tanto en la conducta, el rendimiento académico como en el desarrollo emo-

---

<sup>4</sup> P.J. Viladrich. *op.cit.*

cional y social de los niños. Por el contrario, las personas seguras, espontáneas son aquellas que se les ha brindado la oportunidad de expresarse, de decidir y desarrollarse en un clima de afecto, confianza y armonía. La familia (el hogar familiar) es una escuela muy difícilmente reemplazable, cuando falta o ha faltado, ha sido un cruel desastre. Y es que ¡la familia cuenta!, y mucho<sup>5</sup>.

Pero el proceso educativo afecta también a los padres. Los padres educan, y al hacerlo también se educan a sí mismos<sup>6</sup>. La interacción es recíproca. Es el hijo quien nos hace padres y son los padres quienes nos hacen hijos. De ahí que los padres hacen familia ya mucho antes de la concepción y nunca dejan de ser testimonio «educante» para sus hijos.

## 7. EL AMOR, FUENTE Y NORMA DE LA EDUCACIÓN FAMILIAR

El amor es la fuente y norma de la educación familiar. El hombre ha sido creado para amar, y solo amando puede ser feliz. Es en la familia donde cada persona aprende a dar y recibir amor. Por lo tanto, lo mejor que los padres pueden hacer para que sus hijos sean felices es ayudarles a desarrollar su capacidad de amar.

El elemento más radical, que determina el deber educativo de los padres, es *el amor paterno y materno*. Este amor es *fuentes* de la educación de los hijos, y se transforma en *norma*, que inspira y guía toda la acción educativa concreta, enriqueciéndola con las virtudes humanas: *prudencia, justicia, fortaleza y templanza*, y con los valores personales que de ellas se derivan: *la alegría, la dulzura, el optimismo, la humildad, la misericordia, la generosidad, la paciencia, la sinceridad, la cooperación, el respeto, el perdón, la confianza, el buen humor, el orden, la sencillez, la obediencia, la audacia, la perseverancia, la amistad, la lealtad, la laboriosidad, la sobriedad, el optimismo, la flexibilidad, etc.*, que son los frutos más preciosos del amor.

Una buena educación familiar no requiere padres perfectos, pero sí requiere hacer las cosas correctas como padres. Hacer «lo correcto» implica una combinación de amor, de disciplina, de enseñanza y de orientación, un proceso que va desde el nacimiento hasta la edad adulta, y, en cierta manera, también durante esta última.

## 8. ACOGIDA Y GARANTIA SOCIAL DE LA FUNCIÓN EDUCADORA DE LA FAMILIA

Por desgracia, hoy el discurso educativo se ha hecho pesimista y dramático. Casi siempre que se habla de educación se hace en términos apocalípticos. Fallan los padres, por su permisivismo, dejación de deberes y falta de ejemplo. Falla la sociedad, en los

---

<sup>5</sup> A. Bernal, S. Ribas, C. Urpi. *Educación Familiar. Infancia y Adolescencia*, Madrid 2012; A. Bernal (Ed.), *La familia como ámbito educativo*, Madrid 2005; *La familia, paradigma del cambio social*, IESF, Barcelona 2008.

<sup>6</sup> A. Masó - B. Sotomayor. *Padres que dejan huella*, Madrid 2011; I. de Bofarull, *Ocio y tiempo libre: un reto para la familia*, Pamplona 2005.

valores que transmite: (consumismo, materialismo, relativismo, moral del éxito a cualquier precio, acceso inmediato a un placer efímero y sin compromiso, etc.), entre los cuales no está presente la cultura del esfuerzo, ni de la responsabilidad, ni de la solidaridad, ni la del bien común. Falla la política educativa, que olvida la excelencia y promueve la cultura de la dependencia, etc. ¿Podría afirmarse que vivimos en la sociedad de la mala educación?<sup>7</sup>

A lo largo de las últimas décadas no se ha tenido muy en cuenta el efecto de los cambios sociales en la educación de los hijos y la necesidad de un cambio de enfoque en la forma de educar, lo que ha llevado a que un gran número de padres se sientan perdidos y/o desarmados a la hora de tratar con sus hijos.

Afortunadamente los padres han reconocido la necesidad de mejorar su formación para poder educar a sus hijos con mayores garantías<sup>8</sup>.

Ciertamente que educar es difícil, pero se debe recuperar una actitud más optimista, animosa y activa. Los padres conocen los medios, disponen de los conocimientos y tienen las oportunidades de educar bien, y solo falta la decisión de hacerlo. Es más, las familias tienen el deber y el derecho de hacerlo o, al menos de intentarlo.

Si la culpa es de todos, todos tenemos parte de la solución. Además, no valen excusas: ni falta de tiempo, ni de dinero, ni estrés, ni cansancio... ¿no son nuestros hijos y nuestras familias lo más importante? ¿y qué es lo mejor que los padres pueden darle a sus hijos, que no sea formarles para convertirlos en personas libres, con criterios y valores, preparadas para enfrentarse al mundo cuando llegue el momento, dentro de una familia feliz y unida? Nuestros hijos se merecen que hagamos cuanto sea posible por dárselo, porque no podemos dejarlos solos ante una situación tan difícil de manejar.

Siendo incuestionable que la familia es el ámbito inicial y primordial para que las nuevas generaciones (que en ella han recibido la vida), puedan crecer en toda su dimensión biológica, psico-afectiva, social y trascendente, es justo exigir de la sociedad una garantía y un reconocimiento adecuado de la función educadora, por ser la familia la célula básica de todo el proceso educativo.

Y lo primero es que, hagamos lo que hagamos en materia de educación, de enseñanza, esto es, cualquier política pública, cualquier iniciativa escolar, cualquier actuación desde las instituciones públicas o privadas, nunca será buena si esa actuación es para sustituir el papel de la familia.

Sin duda, la primera expresión de esa garantía y reconocimiento la constituye el derecho originario, primario e inalienable de los padres a la educación de sus hijos, del que forma parte esencial el derecho a educarlos conforme a sus convicciones morales y religiosas y a sus tradiciones culturales, sin que sufran discriminaciones o coacciones, ni sus hijos sean obligados a una educación contraria a la recibida de sus padres.

En segundo lugar, y como necesario correlato, los padres tienen derecho a elegir libremente el centro escolar más idóneo para la educación de sus hijos, así como a la comunicación y participación activa con la escuela que garantice sus derechos primarios en la función educadora de los hijos.

<sup>7</sup> E.J. Vidal Gil. *La visión de la familia hoy*, en J. Camps - E. Vidal (Coords.), Familia, Educación y Género, IESF, Barcelona, 2007.

<sup>8</sup> A. Saporiti, *S.O.S. Padres en extinción, ¿Crisis adolescente o adultos en crisis?*, Ed. Bergerac, Buenos Aires 2009; A. M.<sup>a</sup> Abel, *GPS para padres. Pistas para padres despistados*, Ed. Dunken, Buenos Aires 2009.

Tercero, la colaboración entre la familia y el centro escolar, esencial para la congruencia de la educación que reciben los hijos, debe ser favorecida.

Al tiempo que la familia no debe hacer dejación de aquellas funciones educativas que, por sí mismas, son incluso intransferibles al mejor centro escolar imaginable, de igual manera el centro educativo debe cuidar al máximo la coherencia de sus enseñanzas en aquellas zonas que guardan una relación más directa con los valores propios de la familia, y que ésta testimonia en su intimidad. Para ello es imprescindible una comunicación, estable y fluidamente organizada, entre la familia y los centros escolares.

Y, por último, la participación individual e institucional a través de las asociaciones de padres y de otros órganos colegiados ha de servir, en este orden de preocupaciones, para conseguir una educación de calidad que, además de la transmisión de conocimientos útiles, garantice una formación integrada de los aspectos espirituales, humanos, científicos, éticos y estéticos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. J. Escrivá Ivars, *Las funciones sociales de la familia y su protección social*, en «Religión, Sociedad moderna y Razón práctica» (Ed. dir. por R. Muñoz, I. Sanchez Cañizares y G. Guitan), Pamplona, 2012, pp. 235-244; P.J. Viladrich, *La familia. Documento 40 ONG's*, 2.ª ed., Madrid 1998.



**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**LAS LEYES DE EDUCACIÓN Y LA EDUCACIÓN**  
**EN FAMILIA**



# ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA DE MEJORA DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y LA EDUCACIÓN EN FAMILIA

*Irene María Briones Martínez*  
Acreditada como Catedrática  
Universidad Complutense de Madrid

## 1. INTRODUCCIÓN

En una obra dedicada a la educación en familia y a los aspectos relacionados con la libertad de conciencia, conviene hacer un breve recorrido por la política legislativa en materia de educación que se ha adoptado en España durante la etapa democrática, hasta llegar a la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación (LOMCE)<sup>1</sup>, con el fin de conocer el estado de salud de la educación en este país y la función de las familias en la educación de sus hijos.

El estado de la libertad de conciencia en el sistema educativo se centrará prioritariamente a través del estudio de la objeción de conciencia en España a determinadas asignaturas, auxiliándome del Derecho comparado para aportar soluciones óptimas a una deficiente garantía de los derechos fundamentales en España, y aportando secundariamente unas reflexiones sobre el derecho a optar por determinadas asignaturas de índole religiosa y/o moral.

También el Derecho comparado constituirá una herramienta metodológica para conocer los cauces legales previstos para la educación en familia en aquellos países que la LOMCE apunta como modelos actuales de reforma educativa que deben tenerse presentes.

Como coordinadora de este libro, debo agradecer a todos sus autores y, especialmente, a aquellos que ocupan o han ostentando un cargo político o consultivo en el ámbito de la política educativa, aportando sus ideas desde la experiencia y el buen hacer que siempre les ha caracterizado. La mayoría de los estudios que aquí se recogen constituyen ponencias del tercer Congreso Nacional de Educación en Familia, celebrado en la Facultad de Derecho

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Cfr. En BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, pp. 97858 a 97921.

de la Universidad Complutense de Madrid, y organizado por mi persona, con la ayuda de un prestigioso comité científico presidido por el Profesor Rafael Navarro Valls. Sin embargo, esta obra no constituye el modelo típico de actas de un congreso, ya que no recoge todas las aportaciones, ponencias y comunicaciones, porque se pretende un estudio profundamente jurídico de la materia, con algunos apuntes desde la pedagogía para darle una visión interdisciplinar, pero sin pretender incorporar un estudio pedagógico ni una exposición de experiencias de *homeschoolers* que se escapan al estudio legal de la cuestión. Ahora bien, agradezco a todos los participantes su esfuerzo e intensa participación en el congreso, haciendo del debate y el diálogo dos piezas fundamentales para aproximarnos al mejor interés del menor, de interés público para el Estado, y el más natural para las familias.

## 2. LAS LEYES QUE HAN REGULADO EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ESPAÑA

Cuando trabajaba en mi primer artículo sobre la enseñanza de la religión en el año 1993<sup>2</sup>, ya contábamos con cuatro de las leyes de educación que habían vertebrado la enseñanza media en España, y es que las leyes de educación constituyen manifestaciones históricas de la falta de entendimiento de los partidos políticos mayoritarios. Su actitud sumerge a centros públicos y privados, a las organizaciones patronales, de padres, a diversos sectores sociales, y a la ciudadanía en general en una confrontación permanente.

La Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (LGE)<sup>3</sup>, cuyo autor principal fue el ministro José Luís Villar Palasí, nace en una etapa preconstitucional en vida del caudillo Francisco Franco y, sin embargo, permanece vigente hasta el año 1990 de forma parcial porque fue la primera en estructurar todo el sistema educativo de forma profunda, con una perspectiva más liberal y flexible. Mantuvo como obligatoria la escolarización hasta los 14 años con la Educación General Básica (EGB). Sólo tras completar este primer período de ocho cursos resultaba voluntario acceder al Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) de tres años o a la Formación Profesional (FP).

Ya en la etapa democrática, comienzan a convivir la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (LOECE), de 19 junio 1980<sup>4</sup>, y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980, de 5 de julio (LOLR). José Manuel Otero Novas, Ministro de Educación nombrado por Adolfo Suárez que presidía el gobierno de UCD, promovió esta ley de educación con cinco años de vigencia y que tuvo como buen fruto la creación de las enseñanzas medias.

La LOECE instauró un estatuto de centros escolares, y aunque desarrolló un modelo organizativo que permitía una mayor participación de los padres, fue recurrida por el Partido Socialista, dando lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 febrero 1981<sup>5</sup>, tan citada por toda la doctrina especialista en temas de educación.

<sup>2</sup> I. Briones. La enseñanza de la religión en centros escolares públicos. En *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)*, IX (1993), pp. 167-206.

<sup>3</sup> Cfr. En *BOE*, núm. 187 de 6 de agosto de 1970, pp. 12525 a 12546.

<sup>4</sup> LOECE. Ley Orgánica 5/1980, de la Jefatura del Estado, de 19 de Junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares. En *BOE*, núm. 154 de 27 de junio de 1980, pp. 14633 a 14636.

<sup>5</sup> Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 5/1981 de 13 Feb. 1981, rec. 189/1980. Ponente: Tomás y Valiente, Francisco. N.º de sentencia: 5/1981; N.º de recurso: 189/1980; En *BOE*. núm. 47, 24 de Febrero de 1981.

Además de la educación, la libertad religiosa también dio pasos de gigante con la LOLR que reconocía el derecho de libertad religiosa como desarrollo de los preceptos constitucionales, en especial los artículos 9, 16 y 27.

La Ley Orgánica del Derecho a La Educación (LODE)<sup>6</sup> se destaca porque el Partido Socialista Obrero Español con Javier Solana en la cartera de Educación, entre otras medidas, amplió la escolarización obligatoria a los 16 años; introdujo la Educación Secundaria Obligatoria (ESO) y el Bachillerato de dos años; y mejoró en parte el trabajo profesor y alumno al reducir de 40 a 25 alumnos por clase en Educación Primaria.

La LODE reconocía igualmente el derecho a recibir formación religiosa o ética en centros públicos. La contestación al recurso contra esta sentencia también tuvo como fruto una sentencia digna de análisis como es la STC, de 27 junio 1985<sup>7</sup>.

La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE)<sup>8</sup> reconoció a las comunidades autónomas no solamente la gestión de los centros educativos, sino también su potestad para establecer un porcentaje muy significativo de los contenidos curriculares.

Entre sus logros está el de regular la educación especial y permitir la creación de centros concertados, lo que supuso una ayuda no sólo de carácter financiero sino también de apoyo a centros de iniciativa civil con tendencia ideológica pero sostenidos por fondos públicos.

Más discutible y objeto de recursos ante el Tribunal Supremo<sup>9</sup> fueron sus disposiciones sobre la asignatura de enseñanza de la religión (ER), ya que queda fuera del sistema como señala Cubillas Recio<sup>10</sup>. Además, permitía soluciones diversas como la de que la religión no se impartiese necesariamente en el centro docente y que, en cualquier caso, fuese competencia exclusiva de la confesión pertinente. El Estado se comprometía únicamente a facilitar el desarrollo de su actividad en aras del ejercicio del derecho de libertad religiosa<sup>11</sup>.

La conocida como ley Pertierra, Ley de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG) de 1995<sup>12</sup>, impulsada por el ministro Gustavo Suárez Pertierra, se convirtió en la cuarta ley orgánica de la democracia y centró su regulación en la gestión y gobierno de los centros.

Ante una sociedad que comienza a ser muy diversa, justifica los fondos públicos aportados a centros concertados, obligándoles a admitir alumnos que constituyen mi-

<sup>6</sup> Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación. Cfr. En *BOE* de 04 de Julio de 1985, pp. 21015 a 21022.

<sup>7</sup> Sentencia n.º 77/1985 de Tribunal Constitucional, Pleno, 27 de Junio de 1985. Ponente: Don Manuel Díez de Velasco Vallejo. Recurso previo de Inconstitucionalidad n.º 180/1984. Cfr. <http://www.vlex.es>

<sup>8</sup> Cfr. En *BOE*, núm. 238 de 4 de octubre de 1990, pp. 28927 a 28942.

<sup>9</sup> Sentencias dictadas por la Sala Tercera del TS, de 3 de febrero de 1994, de 17 de marzo de 1994, de 9 de junio de 1994, de 30 de junio de 1994. 3 de febrero. Se resuelve los recursos contencioso-administrativos 1635/1991, 4915/1992, 7300/1992. Cfr. En <http://www.ual.es/~canonicotribunalsupremo/1994/> (consultado, 18/06/2013).

<sup>10</sup> L.M. Cubillas Recio. Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial. Universidad de Valladolid, 1997, pp. 93-108.

<sup>11</sup> Vid., sobre este tema, M. Lema Tomé. La enseñanza de la religión católica en España. En *Estudios de Progreso*. Fundación Alternativas, Madrid, 2006, p. 14.

<sup>12</sup> Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los Centros Docentes. (Vigente hasta el 24 de mayo de 2006). Cfr. En *BOE* núm. 278 de 21 de noviembre de 1995.

norías sociales. Esta medida no afecta al ideario propio de un centro escolar pero sí a su autonomía interna para establecer criterios de admisión. Este recorte en autonomía se distancia de las medidas adoptadas por la actual LOMCE para los centros docentes.

La Ley Orgánica de Calidad de la Educación 10/2002 (LOCE)<sup>13</sup>, promulgada el 23 de diciembre de 2002 por el gobierno de José María Aznar (PP), siendo Ministra de Educación Doña Pilar del Castillo, fue la quinta ley de la democracia.

La LOCE era una ley con conciencia, que no perseguía una finalidad mercantilista de formar a seres productivos para la economía española, e introdujo una asignatura denominada «Sociedad, Cultura y Religión», que nunca estuvo en vigor al formarse el gobierno socialista instaurado en Moncloa desde el año 2004. Aquella propuesta del PP estaba inspirada en dos informes para la UNESCO, un documento titulado: «La Educación encierra un tesoro»<sup>14</sup>, en el que habla de manera explícita de la dimensión religiosa personal y cultural como uno de los elementos indispensables a la hora de construir una educación para el futuro; y, el documento denominado: «Cultura religiosa para los ciudadanos del mañana» (2001), planteando la clase de religión desde una clara opción de diálogo interreligioso<sup>15</sup>.

También influyó notablemente el Documento Final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la Educación Escolar en relación con la «Libertad de Religión, de Convicciones, la Tolerancia y la No Discriminación»<sup>16</sup> cuando propone que la educación en relación con la libertad de religión o convicciones puede también contribuir a la realización de los objetivos de la paz mundial, de la justicia social, del respeto mutuo y de la amistad entre los pueblos, y a la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Con esta propuesta se deja claro que la religión puede ser un instrumento para conseguir la paz mundial, y que los actos de fanatismo y terrorismo no responden a los auténticos fines de cualquier religión. De ahí que condene todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o las convicciones, incluyendo aquellas que promuevan el odio, el racismo o la xenofobia, y estima que los Estados deberían tomar las medidas adecuadas contra aquellas que se manifiestan en los currículos escolares, en los libros de texto y los métodos pedagógicos, así como las difundidas a través de los medios de comunicación y las nuevas tecnologías de la información, incluido Internet.

El ejecutivo de José Luis Rodríguez Zapatero elaboró la Ley Orgánica de Educación (LOE),<sup>17</sup> bajo el asesoramiento de la Ministra M.<sup>a</sup> Jesús San Segundo, y que ha permanecido vigente hasta la entrada en vigor de la LOMCE en 2013 con alarmantes resultados de fracaso escolar.

Descartó las líneas de actuación sobre la cultura religiosa de la LOCE, pero tomó la acción política de cumplir los acuerdos con las confesiones de mayor notorio arraigo

<sup>13</sup> Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (vigente hasta el 24 de mayo de 2006). Cfr. En *BOE* núm. 307 de 24 de diciembre de 2002.

<sup>14</sup> Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI. Cfr. En [http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS_S.PDF) (consultado, 06/06/2013).

<sup>15</sup> Comisión Interreligiosa para la Enseñanza de las Religiones en la Escuela, y Asociación UNESCO para el Diálogo Interreligioso. Barcelona. 2001.

<sup>16</sup> Cfr. En *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, n.º. 1, 2001, pp. 599-610.

<sup>17</sup> Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Cfr. En *BOE* núm. 106 de 04 de Mayo de 2006.

social y con la Santa Sede, manteniendo la oferta obligatoria de la enseñanza de la religión en centros escolares públicos, pero con carácter opcional para los padres.

Ahora bien, al mismo tiempo inicia la andadura de una proyección distinta, creando una nueva ética de valores comunes para la escuela, con propuestas programáticas que parecían muy loables. En efecto, introdujo la polémica asignatura de Educación para la Ciudadanía (EpC) tras la presentación de un documento del Ministerio de Educación y Ciencia, titulado: «Una Educación de Calidad para todos y entre todos. Los valores y la formación ciudadana»<sup>18</sup>.

Aunque la LOE derogó la LOGSE, LOPEG y LOCE y sólo mantuvo parte de la LODE de 1985, se basaba en principios que han inspirado a todas:

- 1.º La LODE: los fines de la educación son la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.
- 2.º La LOGSE: la educación consiste en proporcionar una concepción de la realidad capaz de integrar el conocimiento y la valoración ética y moral de la misma mediante la transmisión y el ejercicio de los valores que hacen posible la vida en sociedad, el respeto de todos los derechos y libertades fundamentales y los hábitos de convivencia democrática y mutuo respeto.
- 3.º La LOCE: educación en valores del esfuerzo y la exigencia personal para compensar las diferencias asociadas al origen social.
- 4.º Propuesta de la LOE: Concepción cívica y humanista de la educación, como factor que debe contribuir a formar personas que puedan convivir en un clima de respeto, tolerancia, participación y libertad.
- 5.º Propuesta de la LOE: Los agentes que proporcionan la educación son: la escuela, la sociedad, la familia, la televisión, los medios de comunicación o la información a través de internet.
- 6.º Propuesta de la LOE: Educación en valores desde la Escuela. Ésta es promotora de la ciudadanía activa y de la coherencia social a través de la enseñanza que realiza de los valores cívicos.

### **3. CLAVES, OBJETIVOS Y MEDIDAS EN LA VIGENTE LEY DE EDUCACIÓN EN ESPAÑA: LA LOMCE**

#### **3.1. Las 12 Claves de Wert para entender el nuevo sistema educativo**

En el artículo 2.4 de la LOMCE se establece que el funcionamiento del Sistema Educativo Español se rige por los principios de calidad, cooperación, equidad, libertad de enseñanza, mérito, igualdad de oportunidades, no discriminación, eficiencia en la asignación de recursos públicos, transparencia y rendición de cuentas.

Debemos analizar las claves de la ley desarrolladas en la exposición de motivos para comprobar si se adaptan a tan loables principios.

---

<sup>18</sup> Supuestamente fundado en un documento de la UNESCO: «Una educación de calidad para todos los jóvenes». Reflexiones y contribuciones en el marco de la 47.ª Conferencia Internacional de Educación de la UNESCO. Ginebra, 8-11 de septiembre 2004. Cfr. En <http://www.ibe.unesco.org/>

1.<sup>a</sup> *¿Qué es la educación?*

En una de las primeras versiones de la LOMCE de Wert se definía la educación como un *bien público de primera importancia*, una fuente de ventajas materiales y simbólicas.

Las ventajas simbólicas no se mencionaban, sólo las materiales, ya que se pasaba de una ética de valores de la LOE a una ética de la competitividad, marcando como única meta la de preparar a los alumnos para introducirse en el mercado laboral, lo que a su vez supondría crecimiento económico.

En el anteproyecto aprobado con fecha de 17 de mayo de 2013, se cambia la palabra educación por aprendizaje en la escuela, y especifica que debe ir dirigido a formar personas autónomas, críticas, con pensamiento propio. La variación en el término no es banal ya que la palabra educación encierra un significado más integral y global en el que entra el educador y el educando así como los métodos que se utilizan para ayudar a desarrollar las facultades intelectuales, morales y físicas, mientras que el aprendizaje forma sólo una parte de la estructura de la educación y, a veces, se hace de modo automático o por pura intuición. Se ha de poner de relieve que los *homeschoolers* suelen utilizar más el término aprendizaje precisamente porque hace referencia a una pedagogía más flexible adaptada a la aptitud y habilidad de cada menor.

En todo caso, la LOMCE sigue sobre el pódium de la competitividad pretendiendo superar barreras económicas y sociales, y enmarcándose dentro del contexto de la Unión Europea (UE), la estrategia de la UE para un crecimiento inteligente, sostenible, integrador que ha establecido el horizonte 2020 con cinco ambiciosos objetivos en materia de empleo, innovación, educación, integración social y clima/energía, y ha cuantificado los objetivos educativos a conseguir por la UE para mejorar los niveles de educación: en el año 2020 deberá reducir el abandono escolar a menos de un 10%, y al menos el 40% de la población de entre 30 y 34 años deberá haber finalizado sus estudios de formación superior o equivalente.

En este contexto, se quiere incrementar el nivel educativo que determina la capacidad de competir del alumno, lo que supone una apuesta por el crecimiento económico y por un futuro mejor.

2.<sup>a</sup> *Definición del sistema educativo español*

El texto originario de la LOMCE definía el *sistema educativo español* como conjunto de agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación del servicio de educación en España y sus beneficiarios, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para prestarlo, que se plantea como objetivos: la flexibilización de las trayectorias, la implantación de pruebas de evaluación a nivel nacional de cada etapa educativa, la racionalización de la oferta educativa, el aumento de la autonomía de los centros, el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación, el apoyo del plurilingüismo, e impulso de la formación profesional.

En la versión actual desaparecen de este párrafo los objetivos y principios que ya están enarbolados en la exposición de motivos: «el conjunto de Adminis-

traciones educativas, profesionales de la educación y otros agentes, públicos y privados, que desarrollan funciones de regulación, de financiación o de prestación del servicio público de la educación en España, y los titulares del derecho a la educación, así como el conjunto de relaciones, estructuras, medidas y acciones que se implementan para prestarlo».

No se menciona a la familia y es más una descripción técnica que una definición sustancial que dote de significado particular y distintivo al sistema educativo español.

3.<sup>a</sup> *Nuevos Patrones de Conducta*

Se inicia el camino hacia la consideración de la sociedad como parte activa de la educación. La familia adquiere la condición de actor social, parte de la sociedad civil a la que afecta la educación, y se atisba un compromiso a facilitar la relación entre la escuela, los alumnos y la familia, que no se desarrolla eficientemente a lo largo del extenso texto normativo.

Entre otras manifestaciones de la sociedad civil se menciona a las empresas, asociaciones, sindicatos, y organizaciones no gubernamentales.

4.<sup>a</sup> *Calidad en la educación*

Los pobres resultados obtenidos por los alumnos españoles en las pruebas de evaluación internacionales como PISA, las elevadas tasas de abandono temprano de la educación y la formación, y el reducido número de estudiantes que alcanza la excelencia, requiere dotar al alumno de conocimientos, recursos y herramientas de aprendizaje para conseguir calidad en los resultados, que es lo que Wert llama «output», siendo menos importante el «input», es decir, los niveles de inversión, número de profesores, número de centros, etc. Aunque no parece muy sensato deslindar estos aspectos, se conceptúa la ley como una reforma sensata y práctica. Ahora bien, se explica mejor esta opción cuando establece lo que se denomina «reducción de cuentas de profesores», en la que no importa el número de profesores sino la calidad de su docencia, algo que va unido a la autonomía de centros y de sus directores para gestionar recursos humanos y financieros. Esto da lugar a una sensación de desprotección en los profesores, pero marca un blindaje a una dedicación académica de calidad.

La mediocridad en el sistema educativo origina situaciones de injusticia y de pobreza, así que no se debe caer en la desidia sino mejorar la calidad del sistema. De ahí que siguiendo los estudios internacionales y las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollos Económicos (OCDE) se implantarán medidas relacionadas con la simplificación del currículo y el refuerzo de los conocimientos instrumentales, la flexibilización de las trayectorias de forma que los estudiantes puedan elegir las más adecuadas a sus capacidades y aspiraciones, el desarrollo de sistemas de evaluación externa censales y consistentes en el tiempo, el incremento de la transparencia de los resultados, la promoción de una mayor autonomía y especialización en los centros docentes, la exigencia de rendición de cuentas a estudiantes, profesores y centros, y el incentivo del esfuerzo.

5.<sup>a</sup> *Igualdad y trato específico*

Con respecto a los estudiantes, se plantea como objetivo la flexibilización que permita elegir a los estudiantes y el empeño en reconocer y potenciar su talento de modo individualizado, con la ayuda de los padres o tutores legales. Se crea un compromiso con una educación de calidad como soporte de la igualdad y de la justicia social.

Para Wert solo un sistema educativo de calidad, inclusivo, integrador y exigente, garantiza la igualdad de oportunidades y hace efectiva la posibilidad de que cada alumno desarrolle al máximo sus potencialidades. Solo desde la calidad se podrá hacer efectivo el mandato del artículo 27.2 de la Constitución española «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».

Estos altos objetivos exigen la educación personalizada en términos de equidad, lo que incrementará el bienestar social, y en la que se circunscribe la educación y formación inclusivas para las personas con discapacidad, siguiendo la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020.

6.<sup>a</sup> *Sumarse al cambio metodológico de todos los países que están reformando sus leyes de educación*

En el ámbito europeo cita a Finlandia, Suecia, Alemania, Austria, Francia, Italia, Dinamarca, Polonia, Hungría y Reino Unido como ejemplos de países cuyos sistemas educativos están en revisión. Fuera del ámbito europeo Brasil, Singapur, Japón, Shanghái-China, Ontario-Canadá, República de Corea o EEUU también están inmersos en procesos de mejora de la educación, con cambios regulatorios y planificaciones a medio y largo plazo.

De todas estas legislaciones se desprende que en un mundo abierto e interconectado el giro metodológico debe dirigirse a formar personas más activas en la sociedad, con mayor pensamiento crítico, capacidad de comunicar, constancia, aceptación del cambio, y a que aprendan a trabajar en equipo.

7.<sup>a</sup> *La autonomía de los centros*

Se considera una recomendación de la OCDE que abre las puertas a la atención a la diversidad, y ofrece a los directores mayor capacidad de liderazgo en la gestión.

8.<sup>a</sup> *Racionalización de la oferta Educativa*

Se realiza un diseño de currículo interdisciplinar con materias troncales y específicas adaptadas a las directrices europeas, que muestra una gran simplificación pero ofreciendo un conocimiento sólido de los contenidos.

9.<sup>a</sup> *Evaluación externa de fin de etapa*

Constituye una de las principales novedades de la LOMCE que pretende medir el impacto de la reforma educativa en el nivel de aprendizaje de los alumnos, a través de pruebas homologables a nivel internacional.

10.<sup>a</sup> *Flexibilización de las trayectorias*

Se trata de eliminar barreras que den lugar a la exclusión de algunos alumnos, de ahí que se construya un sistema permeable que les permita superar sus estudios progresivamente, con ayuda personalizada y programas de mejora para el aprendizaje.

11.<sup>a</sup> *Las TIC, el plurilingüismo y la Formación Profesional*

Destaca tres ámbitos con vistas a la transformación del sistema educativo: las Tecnologías de la Información y Comunicación, el fomento del plurilingüismo, y la modernización de la Formación Profesional.

Se apunta hacia la digitalización de la escuela o ecosistema digital; hacia el plurilingüismo para superar uno de los principales déficits de nuestro sistema educativo; y hacia la Formación Profesional, ya que incide en la empleabilidad y la competitividad de nuestra economía, además también puede servir de tránsito para otras enseñanzas.

12.<sup>a</sup> *Valores comunes en Europa para conseguir la educación en la ciudadanía democrática*

Se recoge la idea central de la Educación para la Ciudadanía Democrática, siguiendo la Recomendación 12/2002, de 16 de octubre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>19</sup>. De esta Recomendación se desprende que se hace necesaria la educación cívica y constitucional de forma transversal, de conformidad también con la Recomendación posterior del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006<sup>20</sup>.

Con esta fuente inspiradora se instaure como principio la difusión de determinados valores en el sistema educativo español según se desprende del texto de la LOMCE: «Uno de los principios en los que se inspira el Sistema Educativo Español es la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación. Se contempla también como fin a cuya consecución se orienta el Sistema Educativo Español la preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento»<sup>21</sup>.

Estos valores consistirían en dotar al menor de un bagaje que va más allá de los conocimientos académicos que se aprenden en el aula, y que pueden auxiliar en la toma de decisiones morales y en el cumplimiento del deber de un modo racional y no sólo obligacional<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Vid., sobre el tema, Educación para la ciudadanía, de VVAA. En *Educación y Futuro*, 13 (2005). Cfr. <http://www.dialnet.unirioja.es> (consultado, 18/06/2013)

<sup>20</sup> Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente (2006/962/CE)

<sup>21</sup> Núm. XIV, de la Exposición de Motivos.

<sup>22</sup> Vid., en este sentido, T. Bentley. *Learning beyond the classroom*. London and New York, 1998, p. 62.

### 3.2. Objetivos y medidas de ejecución de la LOMCE

Los objetivos y medidas de la LOMCE intentan desarrollar los principios de la misma y responden a las claves que acabamos de mencionar. Ante el exhaustivo análisis de la LOMCE voy a concentrar las claves en siete puntos, prestando particular interés a la familia en un epígrafe aparte en el que examinaré la educación en familia.

#### 3.2.1. Flexibilización de las trayectorias

En el diseño del nuevo sistema educativo, el alumno tendrá una educación con *atención más individualizada en el caso de presentar especiales dificultades*.

La educación en España tendrá la siguiente trayectoria:

##### 3.2.1.1. La Educación Primaria

La educación primaria comprenderá seis cursos y se organizará en áreas. En esta etapa *la acción tutorial* orientará al proceso educativo y al alumnado. Se prestará especial atención personalizada a los alumnos, con la realización de diagnósticos precoces y el establecimiento de mecanismos de refuerzo para lograr el éxito escolar.

##### 3.2.1.2. Etapa de Educación Secundaria Obligatoria (ESO)

Es en esta etapa donde el alumno puede aprovecharse de un *programa de mejora* si ha repetido al menos un curso en cualquier etapa, una vez cursado primero de educación secundaria obligatoria y no esté en condiciones de promocionar a segundo por la vía ordinaria, o una vez cursado segundo y no esté en condiciones de promocionar a tercero por la vía ordinaria. El programa se desarrollará a lo largo de los cursos segundo y tercero en el primer supuesto, o sólo en tercer curso en el segundo supuesto.

Los programas van dirigidos a aquellos alumnos que presenten *dificultades generalizadas de aprendizaje no imputable al estudio*, por lo tanto, sólo disfrutarán de estos beneficios aquellos estudiantes que tengan un problema de capacidad pero no los que presenten una mala actitud por su falta de esfuerzo o defecto de fuerza de voluntad.

##### 3.2.1.3. Bachillerato y Formación Profesional Básica.

De forma paralela, los alumnos que accedan al Bachillerato tendrán a su disposición un servicio de tutoría; y, los que reciban la Formación Profesional Básica gozarán de orientación educativa y profesional, además de aprender a trabajar en equipo a través de dicho servicio de tutoría.

### 3.2.2. Pruebas de evaluación a nivel nacional de cada etapa educativa

#### 3.2.2.1. Educación Primaria

Durante la Educación Primaria, la evaluación de los procesos de aprendizaje será continuada y global, teniendo en cuenta su progreso en el conjunto de las áreas. El alumnado accederá a los cursos siguientes siempre que se considere que ha alcanzado las competencias básicas correspondientes y el adecuado grado de madurez.

Los centros educativos realizarán una evaluación a todos los alumnos al finalizar el *tercer curso de primaria*. Los resultados serán evaluados por el equipo docente que podrá adoptar las medidas excepcionales más adecuadas, y que podrían incluir la repetición del curso.

Siguiendo los criterios de evaluación fijados por el gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, se realizará otra evaluación al finalizar *sexto curso* de primaria, esta vez sin efectos académicos, en la que se comprobará el grado de adquisición de competencias básicas y el cumplimiento de los objetivos de dicha etapa. De este modo, sólo tendrá carácter informativo y orientador, pero será de gran utilidad porque se elaborará un informe por cada alumno que se transmitirá no sólo a los centros y al equipo docente, sino a los mismos alumnos *y a sus familias*. Éste es uno de los escasos artículos en los que aparece la palabra familia.

#### 3.2.2.2. Etapa de Educación Secundaria Obligatoria (ESO)

Comprende dos ciclos, el primero de tres años académicos y el segundo con carácter propedéutico de un año académico, y se organizan por materias.

Los alumnos promocionarán de curso cuando hayan superado los objetivos de todas las materias o tengan evaluación negativa en dos materias como máximo, y repetirán curso cuando tengan evaluación negativa en tres o más materias. Se podrá repetir el mismo curso una sola vez y dos veces como máximo dentro de la etapa. Se considera que este sistema garantiza una evaluación del aprendizaje continuada y diferenciada según las materias.

La valoración final en la educación secundaria obligatoria tendrá lugar *al finalizar el cuarto curso*, momento en el que los alumnos realizan una evaluación para optar por las enseñanzas académicas o por las enseñanzas aplicadas. La superación de esta evaluación requerirá una calificación igual o superior a 5 sobre 10. Se podrá repetir la evaluación por no haberla superado o con el fin de elevar la calificación final.

Tras la superación de la correspondiente evaluación, se tiene *título de graduado en ESO*, certificación en la que constará el número de años cursados y el nivel de adquisición de las competencias básicas, algo que se diferencia de la ley anterior que sólo proponía la emisión de un certificado de escolaridad en el que constasen los años cursados. La calificación final de la ESO se deducirá en la nota media de las calificaciones numéricas obtenidas en cada una de las materias de ESO ponderada al 70%, y la nota obtenida de la evaluación final de la ESO al 30%.

El título de graduado en la ESO permitirá acceder a las siguientes enseñanzas:

El título obtenido en la opción de enseñanzas académicas permitirá acceder al Bachillerato.

El título obtenido en la opción de las enseñanzas aplicadas permitirá acceder a Formación Profesional de grado medio. Se quiere promocionar la Formación Profesional Básica (FPB), de ahí que se establezca que el equipo docente podrá *proponer a los padres o tutores*, en su caso a través del consejo orientador, la incorporación del alumno a un ciclo de FPB.

El acceso a los ciclos de FPB requerirá una de las siguientes condiciones: a) tener cumplidos 15 años de edad y haber cursado el primer ciclo general de ESO, sin alcanzar resultados educativos que les permiten promocionar al cuarto curso; b) tener cumplidos 15 años de edad y haber cursado el segundo curso de la ESO, habiendo repetido al menos un curso académico.

También se puede acceder a ciclos formativos de grado medio en las condiciones establecidas para el acceso de conformidad con el artículo 26 de la LOMCE.

Las administraciones educativas en el ámbito de sus competencias, organizarán periódicamente pruebas para obtener directamente el título de Bachiller o los títulos de Formación Profesional. Para presentarse a las pruebas de Bachillerato se requiere tener 20 años; 18 para el título de técnico, 20 para el título de técnico superior o, en su caso, 19 para aquellos que estén en posesión del título de técnico. Los títulos obtenidos tanto la opción de enseñanzas aplicadas como en las enseñanzas académicas permitirán acceder al resto de las enseñanzas post-obligatorias.

### 3.2.2.3. Bachillerato

Los alumnos podrán permanecer cursando Bachillerato en régimen ordinario durante cuatro años. Sin superar este máximo, podrán repetir cada uno de los cursos de Bachillerato una sola vez como máximo, si bien excepcionalmente podrán repetir cada curso una segunda vez, con el informe favorable del equipo docente. En el Bachillerato se realizarán materias obligatorias, materias específicas que todos los alumnos deben cursar en función de la vía escogida, y materias optativas.

Destaca al igual que los ciclos anteriores, que los centros deben ofrecer entre las optativas una segunda lengua extranjera. Sólo se puede limitar la elección de materias y vías por parte de los alumnos cuando haya un número insuficiente de los mismos, según los criterios objetivos establecidos previamente por las administraciones educativas.

Para obtener el título de Bachiller será necesaria la *superación de la evaluación final de Bachillerato superior a 5 puntos sobre 10*. El título de Bachiller faculta para acceder a las distintas enseñanzas que constituyen la educación superior, y en el certificado que acompaña al título constará la modalidad cursada, así como la calificación final de Bachillerato, el grado de madurez académica del alumno y la consecución de los objetivos de cada etapa, debiendo haber obtenido evaluación positiva previa en todas las materias.

El gobierno debe coordinar con las Comunidades Autónomas, previa consulta a las mismas, el régimen de reconocimiento recíproco entre los estudios de Bachillerato y los ciclos formativos de grado medio.

#### 3.2.2.4. Acceso a la Universidad

Llegados a este punto, se permite el acceso a la enseñanza universitaria. Las universidades pueden establecer criterios o fijar procedimientos de admisión de los alumnos siempre que respeten los principios de igualdad, no discriminación, mérito y capacidad. La ponderación de la calificación final del Bachillerato tendrá que tener un valor, como mínimo, del 60% del resultado final del procedimiento de admisión, debiendo compensarse la calificación final del Bachillerato y la calificación obtenida en el procedimiento de admisión establecido.

#### 3.2.2.5. Evaluación diagnóstica y general del sistema educativo

Se establece un doble procedimiento de evaluación:

- a) El Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE), en colaboración con las administraciones educativas, elaborará planes plurianuales de *evaluación general del sistema educativo*. Previamente a su realización se harán públicos los criterios y procedimientos de evaluación. El mismo Instituto coordinará la participación del Estado español en las evaluaciones internacionales. El INEE, en colaboración con las administraciones educativas, elaborará el sistema estatal de indicadores de la educación. Los resultados de las evaluaciones del final de etapa y diagnósticas serán puestos en conocimientos de la comunidad educativa sin identificación expresa de datos de carácter personal. El gobierno establecerá las bases para la utilización y acceso público de los resultados de las evaluaciones, previa consulta a las Comunidades Autónomas.
- b) *Evaluaciones precoces de diagnóstico*, que permitan obtener datos representativos, tanto del alumnado y de los centros de las Comunidades Autónomas como del conjunto del Estado. Estas evaluaciones se realizarán en la Educación primaria y secundaria. Corresponde a las administraciones educativas desarrollar y controlar las evaluaciones de diagnóstico en las que participen los centros de ellas dependientes y proporcionar los modelos y apoyos pertinentes.

#### 3.2.3. Racionalización de la oferta educativa

No voy a transcribir cuáles son las materias para cada ciclo dentro de las etapas descritas, así que me remito a la lectura individual de cada uno. Sólo destacar que se prioriza la lengua<sup>23</sup>, la comunicación oral y las matemáticas, quizá en este punto también se percibe el sentido práctico de la ley Wert, en asegurar el campo básico de inserción social del individuo. Hay también una tendencia hacia la creatividad artística, mediante la educación plástica, el diseño, y las artes en general.

---

<sup>23</sup> En educación primaria, las administraciones educativas podrán añadir una segunda lengua extranjera, además se precisa que la lengua castellana y la lengua, cooficial sólo se utilizan como apoyo en el proceso de aprendizaje de la lengua extranjera. Se priorizarán la comprensión y expresión oral.

Ahora bien, no se marginan las materias básicas, y se hace fuerte la historia de España como la Filosofía, ambas de notoria importancia, para dar unidad al pueblo español y a la historia común en un contexto actualmente desmembrado, y para conocer el pensamiento de los filósofos, de esa ciencia que lo explica todo y llega a la naturaleza de las cosas. Siendo obligatorias estas materias, las optativas no les restan vitalidad, como pretenden defender algunos sectores de patronatos al arremeter contra la enseñanza de la religión, y así lo constataremos en otro epígrafe.

Sin perjuicio de su tratamiento específico en alguna de las materias de la etapa, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el emprendimiento y la educación cívica y constitucional se trabajarán en todas las áreas.

En la ESO los alumnos cursarán al menos una materia optativa, que deberá incluir una segunda lengua extranjera. De la redacción del texto se desprende que es obligatorio elegir una materia optativa, a diferencia de la LOE en la que se utilizaba la expresión: «podrán cursar».

Algunas optativas otorgan un carácter transversal, ya que se dice que se trabajará en todas las áreas, se incorpora en esa índole sustancial *la educación cívica y constitucional*.

Volvemos, por tanto, a considerar que educación cívica y constitucional debe ser transversal en la educación secundaria obligatoria, pero desaparece la expresión de la LOE: «en la materia educación ética cívica se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres». Probablemente, se considera una parte más de la riqueza sustancial del texto constitucional en materia de derechos humanos, sin necesidad de realizar una mención específica. Ahora bien, se incluye entre las medidas a adoptar por el Consejo Escolar Estatal, en prevención de la violencia de género.

Quienes hayan accedido a la formación profesional<sup>24</sup> serán preparados para la actividad en un campo profesional y se les facilitará su adaptación a las modificaciones laborales que pueda producirse a lo largo de su vida, se contribuirá a su desarrollo personal y al *ejercicio de una ciudadanía democrática*, lo que permitirá su progresión en el sistema educativo.

#### 3.2.4. *Aumento de la autonomía de los centros y las funciones del Director*

Se promoverán las acciones destinadas a fomentar la calidad de los centros educativos, mediante el refuerzo de su autonomía y la potenciación de la función directiva. Dichas acciones comprenderán medidas honoríficas tendentes al reconocimiento de los centros, así como acciones de calidad educativa, que partirán de una consideración integral del Centro y habrán de contener la totalidad de las herramientas necesarias para la realización de un proyecto educativo de calidad. A tal fin, los centros educativos deberán presentar una planificación estratégica.

En el proyecto educativo de calidad debe expresarse el carácter singular del centro, exponer la especialización de los centros en los ámbitos curricular, funcional o

---

<sup>24</sup> Los ciclos de formación profesional estarán referidos al catálogo nacional de cualificaciones profesionales o a la normativa reguladora de los perfiles profesionales asociados.

por tipología del alumnado, y podrá comprender, entre otras, actuaciones tendentes a la excelencia, a la formación docente, a la mejora del rendimiento escolar, a la atención del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo, o a la aportación de recursos didácticos o plataformas digitales compartidas. Estas acciones de calidad supondrán la autonomía de los centros para su ejecución, tanto desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos como de los recursos materiales y financieros.

Dentro de la especialización de los centros por tipología del alumnado, se puede encuadrar a los centros de educación diferenciada. Aunque no se permitirá en ningún caso la discriminación por la razón de pensamiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, esto no perjudicará la existencia de centros de educación diferenciada por sexos ni su suscripción a los conciertos a los que se refiere el artículo 116 de esta Ley Orgánica, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960.

La autonomía de los centros sólo se verá limitada en aspectos concretos como los criterios de admisión del alumnado. En estos criterios de admisión de alumnos en centros públicos que impartan Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, con ciclos de Formación Profesional básica o Bachillerato, cuando no existan plazas suficientes, tendrán prioridad aquellos alumnos que procedan de los centros de Educación infantil, Educación primaria, ESO, respectivamente, que tengan adscritos. Asimismo, tendrán prioridad aquellos alumnos cuya escolarización en dichos centros venga motivada por traslado de la *unidad familiar*, debido a la pertenencia de cualquiera de los padres o tutores a colectivos con alto grado de movilidad en razón del servicio público que prestan. Se debe poner de relieve la importancia que se otorga a la unidad de la familia, algo que no se tenía en cuenta en la LOE.

La autonomía de los centros va de la mano de la concesión de un mayor número de funciones o competencias al Director del Centro y la disminución de capacidad decisoria para el Consejo Escolar Estatal, que pasa a ser un órgano *consultivo*.

Tanto el Consejo Escolar Estatal como la Conferencia Sectorial de Educación, la Mesa de Diálogo Social y el Sistema de Información Educativa, se constituyen en instrumentos de coordinación y diálogo para lograr la participación dentro del Sistema Educativo.

Entre las competencias del Director está la de *impulsar la colaboración con las familias*, instituciones y organismos, siempre que facilite la relación del centro con el entorno, y fomentar un clima escolar que favorezca el estudio y el desarrollo de *cuantas actuaciones propicie una formación integral en conocimientos y valores de los alumnos*. Estas palabras resultan de hondo calado porque la ley adolece de este empaque: la formación integral en conocimientos y valores, así que se remite a las familias, instituciones y organismos que puedan colaborar con el fin de *aunar la formación en conocimientos que ofrece la escuela con la formación en valores que debe provenir del exterior*. De este modo, se corrobora que la ley Wert es una ley práctica dirigida a crear seres productivos en el mercado laboral, *libre de debates ideológicos como el originado por la ideología de género y los valores contenidos en la educación para la ciudadanía*, sumando únicamente de modo transversal una educación básica en materia de deberes como buen ciudadano y en los imperativos de la Constitución española.

### 3.2.5. *Desarrollo de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), el apoyo del plurilingüismo, e impulso de la Formación Profesional.*

No voy a desarrollar este objetivo porque ya se ha visto implícito en los anteriores y aparece como materia transversal; sólo añadir que en una de las disposiciones adicionales se sientan las bases para una educación plurilingüe, se regularizan los procedimientos y régimen de notificaciones de becas y ayudas al estudio en España y en el extranjero, y se facilita el Bachillerato europeo y el Bachillerato internacional, con alumnos procedentes de sistemas educativos de estados miembros de la UE, o los de otros Estados con los que se hayan suscrito Acuerdos internacionales.

### 3.2.6. *¿El abandono de la filosofía de una nueva ética común de valores?*

#### 3.2.6.1. Educación cívica y constitucional: la lucha por la pervivencia de la esencia de la educación para la ciudadanía.

##### 3.2.6.1.1. El devenir de la EpC hasta la educación cívica y constitucional.

El artículo 27.2 de la Constitución española establece lo siguiente:

«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».

En esta línea podría incluirse una asignatura que educase a los menores en los principios democráticos, en una buena convivencia cumpliendo con los deberes cívicos, y en el respeto a la libertad. El conflicto se crea cuando se quiere crear una ética común de valores en la que participan elementos de ideología de género excesivamente específicos y polarizados sobre la sexualidad, de ahí que el número 2 del artículo 27 que el gobierno pretendía desarrollar, se convirtiese en frontal enemigo del significado del número 3 del mismo artículo: «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».

En la primera versión de la LOMCE, el abandono de la filosofía de una nueva ética común de valores hacia una ética de la productividad, creaba una imagen desoladora de la ley Wert, pero a su vez colocaba a la familia como único agente de formación en valores, convirtiéndose en cooperador esencial para la educación integral del menor.

En el proyecto aprobado se sigue optando de modo transversal por la educación cívica y constitucional *strictu sensu*, sin incluir otro tipo de valores que sólo corresponde transmitir a la familia, y dejando la enseñanza de la religión entre otras muchas asignaturas meramente optativas, de libre elección para los padres.

Para comprender mejor el impacto social y la judicialización de una asignatura conocida como educación para la ciudadanía, resulta vital adentrarse en su génesis hasta su ocaso más bien terminológico.

Los motivos que se alegaban por el PSOE para transmitir la educación en valores a través de la asignatura de EpC se concretaban así:

- 1.º El individualismo que incita a la persona a desarrollarse de espaldas a su contexto cultural e histórico de manera atomizada.
- 2.º El fenómeno de la inmigración que ha introducido en las distintas instancias sociales y en la escuela un abanico de creencias, costumbres y prácticas de socialización muy diversas, a veces contradictorias, cuando no ocasionalmente enfrentadas a principios democráticos comúnmente aceptados en nuestra sociedad.
- 3.º Los niños y los jóvenes tienen que aprender que pertenecer a una sociedad democrática es formar parte de una colectividad que se ha dotado a sí misma de un conjunto de valores y normas que expresan el consenso, la racionalidad, la libertad, el respeto a los demás y la solidaridad que constituyen los cimientos de la misma.

En el proyecto latía la idea de que era necesario otorgarle un lugar más destacado a la formación como buenos ciudadanos; de ahí que se propusiese incluir una nueva área o materia de educación para la ciudadanía que abordase los valores asociados a una concepción democrática de la organización social y política.

Estos loables objetivos expuestos en el esquema transcrito y reproducidos en la LOE, presentaban graves errores: 1.º Se ha planteado como un área de *beligerancia laicista* para evitar plantear en el programa educativo cualquier tipo de fuente cívica de naturaleza religiosa; 2.º Denotaba un *alto grado de indefinición*; 3.º Se imponía la asignatura *como obligatoria y transversal*, lo que no facilitaba el ejercicio de los derechos de los padres en aspectos específicos sobre sexualidad<sup>25</sup>. La neutralidad exige que los temas que tengan una dimensión ética o moral sean optativos, es decir, que no sean incorporados al contenido curricular con carácter obligatorio, para preservar del adoctrinamiento a los alumnos en las escuelas públicas<sup>26</sup>.

Se entiende que a través de la educación se intente encontrar valores compartidos en una sociedad plural y étnicamente diversa, de ahí que se acudiese al área denominada EpC que mitigaría las diferencias, de modo que el sentido de la ciudadanía les uniese. En todo caso, la educación ha de tener por objeto sólo «informar, que no adoctrinar»<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> El Presidente del Gobierno español cuando habló de la imposición de la asignatura de educación para la ciudadanía por encima de la objeción de conciencia de algunas personas, demostró coincidir plenamente con las ideas de John Rawls que entiende que la *majority rule*, la regla que impone una determinada mayoría, es superior a la conciencia personal de cada ciudadano. Vid. M. Rumayor. Ciudadanía y Democracia en la Educación. Pamplona, 2008, pp. 74-75.

<sup>26</sup> C. Garcimartín. Neutralidad y escuela pública a propósito de la educación para ciudadanía. En *RGDyDEE*, número 14, mayo de 2007.

<sup>27</sup> L. Prieto Sanchís. Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia. En *Persona y Derecho*, núm. 60, 2009, p. 217.

### 3.2.6.1.2. Las objeciones de conciencia durante la LOE<sup>28</sup>. Del viacrucis autonómico a la crucifixión ejecutada por el Tribunal Supremo

Una vez aprobada por Ley Orgánica, las Comunidades Autónomas respetando las bases<sup>29</sup> podían incorporar los contenidos que consideraban apropiados al sistema educativo de la Comunidad<sup>30</sup>, así como encargarse de su evaluación e inspección<sup>31</sup>.

La asignatura tal y como estaba propuesta en los Decretos de ejecución fue motivo de objeciones de conciencia por muchos padres, y de críticas por parte de órganos diversos, siempre con un desenlace negativo. El presidente de Profesionales por la Ética en Cataluña, por ejemplo, criticó a la Consejería de Educación por afirmar que los niños que no cursasen la asignatura no aprobarían tercero de Secundaria, a pesar de que el sistema admitía hasta dos asignaturas suspendidas para pasar de curso<sup>32</sup>.

También en Cataluña se presentó un recurso contra los Decretos de ejecución por la Fundación Abat Oliba, junto con E— Cristians, la Asociación de Juristas de Cataluña y el dirigente de UDC Manuel Silva<sup>33</sup>. Este recurso legal pretendía la suspensión cautelar de la asignatura, pero el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rechazó introducir dichas medidas cautelares, alegando que tales Decretos no lesionaban los valores y derechos constitucionales, ya que los recurrentes esgrimieron que vulneraban los valores constitucionales como el pluralismo político y los derechos de libertad ideológica, religiosa y de culto. En otras palabras, los padres alegaban que la asignatura implicaba una *religión civil*, sin pretensión de educar sino de *formar en determinados valores*, sin su consentimiento o connivencia.

En torno a la cuestión concreta de la objeción de conciencia<sup>34</sup>, el primero en pronunciarse sobre esta cuestión fue la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en dos sentencias de 2008<sup>35</sup> donde se discutía el derecho a la objeción de conciencia, y lo hizo en sentido desestimatorio del recurso,

<sup>28</sup> Vid., sobre este tema, M.T. Areces Piñol. Derecho a objetar en el ámbito educativo. En *ADEE XXVI* (2009), pp. 343-377; L. Ruano Espina. Objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía. En *RGD-yDEE*, n. 17 (2008), pp. 1-61.

<sup>29</sup> Vid. Los capítulos 8 y 9 —Organizar la educación para la ciudadanía en el currículo; el currículo de educación para la ciudadanía— del trabajo de A. Bolívar. Educación para la ciudadanía. Algo más que una asignatura. Barcelona, 2007, pp. 147-181.

<sup>30</sup> Según García Garrido: «las Comunidades Autónomas podrían añadir rasgos propios en la definición y programación de dichas materias, como por ejemplo algunas derivaciones de concepciones socio-políticas nacionalistas» (J. L. García Garrido. Derechos Humanos: base de la convivencia y de la educación cívica. En *Formación para la ciudadanía. Un reto de la sociedad educadora*, de VVAA, Barcelona. 2008, p. 136).

<sup>31</sup> Vid., Artículo 27.5 de la Constitución; artículo 149.1.30.º de la Constitución, y el Artículo 6 de la Ley Orgánica de Educación.

<sup>32</sup> Cfr. En <http://www.libertaddigital.com/sociedad/profesionales-por-la-etica-denuncia-que-epc-impone-una-escuela-unica-en-cataluna-1276314792/> (consultado, 9/06/2013)

<sup>33</sup> Auto del TSJ de Catalunya es de 28 de noviembre de 2007. Cfr. En *RJCA* 2007, p. 925.

Vid., <http://www.europapress.es/epsocial/00315/20071003172147/epc-cristians-juristas-cristianos-abat-oliba-presentan-recurso-contra-educacion-ciudadania-cataluna.html> (consultado, 9/06/2013)

<sup>34</sup> Vid., todo sobre las sentencias en referencia a la EpC, por Jorge Arpaul Andreu. En <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200903-15935785245607.html>

<sup>35</sup> 197 (BDB TSJ Asturias 420/2008) y 198 (BDB TSJ Asturias 419/2008) de 11 de febrero de 2008, también se puede consultar en *JUR* 2008, pp. 55259.

interpretación que ha mantenido en todas las resoluciones que ha dictado sobre la misma. También es desestimatorio el fallo de la sentencia 465/2008, de 9 de octubre de 2008<sup>36</sup> dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Una decisión distinta fue la adoptada con fecha de 4 de marzo de 2008 por el Tribunal Superior Justicia de Andalucía<sup>37</sup> que aceptó la solicitud presentada por padres de alumnos de Bollullos Par del Condado (Huelva) para que estos no cursasen la asignatura de EpC alegando objeción de conciencia.

Ante la oposición a la demanda del Ministerio Fiscal y de la Junta de Andalucía, este Tribunal Superior de Andalucía establece en el fundamento Tercero que según la jurisprudencia constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe el derecho a la objeción de conciencia que se ejercita para la protección de los derechos invocados en los arts. 27.3, y 16.1 de la Constitución española. Concluye que, en el ordenamiento español, la Ley puede regular el derecho a la objeción de conciencia, pero la falta de regulación, de reconocimiento legislativo, no puede impedir su ejercicio cuando están en juego derechos fundamentales.

Para el TSJA en su fundamento cuarto, el interés público está en la garantía de los derechos, que al final es lo que justifica la existencia del Estado y sus potestades. Entre estos derechos están la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). La salvaguarda de estos derechos mediante la objeción de conciencia, no pone en peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento. En último caso, corresponde al legislador crear instrumentos para hacer compatible esos derechos con que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE).

Con fecha de 9 de julio de 2008, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja (TSJR) reconoce en una sentencia el derecho de unos padres a ejercer la objeción de conciencia a la asignatura de EpC y declara a su hijo exento de cursarla. De este modo, el Alto Tribunal estima el recurso presentado por los padres del alumno contra la decisión administrativa de la Consejería de Educación, que denegaba la objeción. El fallo declara «la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa objeto del mismo»<sup>38</sup>.

Según la resolución judicial, los Reales Decretos que regulan y hacen obligatorias la asignatura de EpC «son contrarios a Derecho», aunque su ilegalidad sólo podría declararla el Tribunal Supremo, ya que han emanado del Consejo de Ministros<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> BDB 12673/2008, R 132/2008.

<sup>37</sup> Cfr. En *RJCA* 2008, p. 148.

<sup>38</sup> Son varias las sentencias del TSJ La Rioja en el mismo sentido: 177 (BDB TSJ La Rioja 11298/2008), 196 (BDB TSJ La Rioja 11299/2008) y 197 (BDB TSJ La Rioja 11286/2008).

<sup>39</sup> La sentencia recoge el voto particular de uno de los tres magistrados, que considera que el recurso debía haber sido desestimado, argumentando que si bien la asignatura si tiene una carga moral, «no tiene una voluntad de “adoctrinamiento”». «No se pretende imponer ningún tipo de moral concreta como sostiene la sentencia, sino que tales contenidos forman parte de la denominada ética cívica entendida como conjunto de valores y principios éticos que una sociedad moralmente pluralista comparte», prosigue el voto particular. Por último, argumenta que «es una ética mínima», que no trata de imponer una ideología común a todos los ciudadanos. Por este motivo, señala «el fallo jurisdiccional hubiera debido desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto».

La justicia andaluza, en Sentencia de 30 de abril de 2008<sup>40</sup>, ha vuelto a constituir un varapalo a la asignatura de la EpC, anulando parte de la misma, en concreto, la que se refiere a la ideología de género, relaciones homosexuales y opciones vitales. Esta sentencia ha sido emitida por el pleno de la sección de lo contencioso del TSJA considerando que dichos contenidos son incompatibles con la neutralidad obligada del Estado, porque la regulación que ofrece la asignatura «revela a las claras que se está más allá de transmitir los valores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político recogidos en la Constitución, sobrepasando lo que sea una enseñanza teórica y práctica de los principios democráticos de convivencia».

Como señala Martín Retortillo, quienes controlan el Estado en una determinada situación, podrían querer abusar de esa palanca inmensa que es la educación, que tiene por destinatarios, como digo, a algo tan débil como es cada uno de los niños, y no es fabulación imaginar fórmulas de adoctrinamiento sectario. De ahí que se haya de imponer un canon de neutralidad o de no agresividad, manteniendo una postura respetuosa en las materias especialmente sensibles o «calientes»<sup>41</sup>.

En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 835/2008, de 10 de diciembre de 2008<sup>42</sup> se desestima el recurso presentado contra el Decreto 175/2007, de 16 de octubre, por el que se establece y se implanta, en la Comunidad Autónoma Vasca, el currículo de la educación básica. Analizando la alegación de la vulneración del art. 27.3 CE y concluye: «...que el pluralismo y la mentalidad educativa de la escuela pública no conlleva que los padres puedan vetar la integración de determinados conocimientos en las enseñanzas. De acuerdo con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976 y de 25 de febrero de 1982 existe un límite que no puede ser sobrepasado y es el de perseguir una finalidad de adoctrinamiento no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Como ya hemos señalado con anterioridad, la implantación del currículo por el Decreto recurrido no aparece con una finalidad específicamente proselitista.»

A nivel de justicia supranacional, de 1976 a 2007 el TEDH ha mantenido la doctrina de la neutralidad en la educación con mayor o menor acierto atendiendo a los supuestos concretos. En el caso *Folgero* contra Noruega<sup>43</sup>, el TEDH ha expresado que: «El Estado, al llevar a cabo las funciones que asume en relación con la educación y la enseñanza, debe poner cuidado en que la información o el conocimiento incluidos en los planes de estudio se transmitan de manera objetiva, crítica y pluralista. Está vetado al Estado perseguir ningún objetivo de adoctrinamiento que pueda considerarse que no respeta las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no debe ser traspasado»<sup>44</sup>.

Pues bien, de esta doctrina del Tribunal no se sigue que no se pueda incluir en el plan de estudios una asignatura que sea sólo para aquellos que libremente opten por

<sup>40</sup> Recurso 519/2007) (BDB TSJ Andalucía (Sevilla) 7613/2008).

<sup>41</sup> L. Martín Retortillo Baquer. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. En *ADEE*, XXIV (2008), p. 235.

<sup>42</sup> BDB TSJ País Vasco 11458/2008.

<sup>43</sup> Sentencia *Folgeró* contra Noruega del TEDH, ap n.º 15472/02, 29 de junio de 2007, párrafo 84 (h).

<sup>44</sup> Vid., sobre este tema, Principios orientadores de Toledo sobre la enseñanza acerca de religiones y creencias en las escuelas públicas. Elaborado por el Consejo Asesor de expertos sobre la libertad de religión o creencia de ODIHR. Varsovia. 2008, pp. 76-82.

su enseñanza, por el contrario, lo que excluye es la introducción de una materia obligatoria, y transversal que suponga un adoctrinamiento que conculque las convicciones religiosas o ideológicas de los padres. Y, éste es parcialmente el razonamiento que funda la sentencia del Tribunal Supremo español tras un intenso debate durante tres jornadas consecutivas, en el que el Pleno de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) decidió a fecha de 28 de enero de 2009 que «en los casos presentados no existe el derecho a la objeción de conciencia» a la asignatura de EpC<sup>45</sup>.

Este razonamiento<sup>46</sup> denota que el revuelo entre diversos sectores sociales y políticos no es sólo un problema de modelo de sociedad, persiguiendo un modelo homogéneo, sino también de libertad religiosa, y el Tribunal Supremo en su razonamiento no vela por impedir la desnaturalización de su ejercicio<sup>47</sup>.

Ahora bien, el aval del Supremo a la polémica asignatura no es «absoluto». De hecho, la Sala deja abierta una puerta: los padres pueden recurrir, y los tribunales revisar, la legalidad de los Decretos que regulan la enseñanza de Educación para la Ciudadanía. Más allá, también se puede impugnar el contenido de programas escolares y libros de texto<sup>48</sup>. Concluye que no existe un derecho «específico» a la objeción de conciencia con respecto a la asignatura de EpC, aunque advierte que ello no autoriza a la Administración educativa, ni a los centros docentes ni a los concretos profesores a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

### 3.2.6.2. La enseñanza de la religión: las convicciones de la familia en la escuela pública en virtud de acuerdos de carácter internacional y nacional

#### 3.2.6.2.1. Un cambio casi imperceptible en la regulación de la LOMCE

El artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, de 15 de enero de 1996<sup>49</sup> (LOPJM) dice que:

<sup>45</sup> Esta sentencia está en la línea de las conclusiones publicadas por D. Llamazares Fernández. Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia. Madrid, 2009, 192.

<sup>46</sup> Esta sentencia ha sido seguida de otros pronunciamientos que ya han sentado una doctrina sólida en el Tribunal Supremo, así: Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2011 (rec. 3234/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). La asignatura de EpC no infringe los artículos 16.1 y 27.3 CE; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2011 (rec. 3812/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). Denegación de derecho a la objeción de conciencia a la asignatura de EpC; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2011 (rec. 3923/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). La asignatura de EpC no infringe los artículos 16.1 y 27.3 CE; Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2011 (rec. 590/2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). Denegación de derecho a la objeción de conciencia a la asignatura de EpC.

<sup>47</sup> En sentido contrario de lo que opinaba Y. Gómez Sánchez. Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura «Educación para la ciudadanía y los derechos humanos». En *ADEE*, XXIV (2008), p. 333.

<sup>48</sup> Cfr. Noticias. Actualidad nacional e internacional. En *RGDCDEE*, n.º 20. (2009).

<sup>49</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cfr. En BOE de 17 de Enero de 1996.

- «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.
2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.
3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

El número 3 de este artículo dota de eficacia al artículo 27.3 de la Constitución<sup>50</sup>, en el que las palabras convicciones pueden ir referidas al objeto del número 1 del art. 6 de la LOPJM: Libertad ideológica, conciencia y religión. Éste es el engarce sobre el que anida el compromiso con las cuatro religiones de mayor notorio arraigo en España y que está en perfecta consonancia con las obligaciones internacionales asumidas. Coincidiendo con López Mendel cuando afirma que «no podemos ignorar —sobre todo después del párrafo 3.º del art. 26 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, aplicable entre nosotros, por el párrafo 2 del art. 10 de la Constitución Española—, que la familia es escuela en sí misma, y por tanto hay una correlación, además de una opción, entre familia-sistema educativo-y enseñanza religiosa<sup>51</sup>.

Todos los gobiernos realizaron la opción política de mantener lo negociado en los acuerdos con la Santa Sede, y los firmados en 1992 con las confesiones acatólicas, al menos parcialmente, porque la asignatura de enseñanza para la religión y moral católica nunca fue equiparada a una disciplina fundamental, tal y como se derivaba del texto de un acuerdo con carácter de tratado internacional.

Esta laica determinación radica en que la enseñanza de la religión católica, se imparte por profesores elegidos como idóneos por la Iglesia Católica, y todos los textos o material didáctico, son seleccionados por la Autoridad Eclesiástica. Este contenido no laico, impide que computen las evaluaciones sobre el mismo.

Quizá hubiera sido oportuno dejar al libre criterio del alumno la inclusión o no de la asignatura como computable a efectos de promoción. Esto salvaría el deber de mantener una política educativa neutral en materia religiosa y, al mismo tiempo, la libertad de conciencia de los alumnos que la han cursado, aunque luego aparecerían las dificultades de cómo valorar un expediente en el que conste la evaluación positiva de la enseñanza de la religión frente a otro, en el que no consta, se haya cursado o no.

Se ha impuesto una visión ridícula que incluye la enseñanza de la religión católica en el currículo escolar, pero en realidad no es curricular, porque no sólo no computará de modo alguno, sino que no será evaluada, de ahí que en vez de haber utilizado la expresión «se ajustará a lo establecido en el Acuerdo...», debería haberse expuesto con claridad y firmeza, que en virtud del espíritu laico del Estado y de su ordenamiento, se realiza una concesión de este tipo en orden a dar ejecución al artículo 27.3 de la Constitución española, pero bajo la consideración de que siempre y en todo caso se trate de una asignatura «paraescolar».

---

<sup>50</sup> Artículo 27.3. 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.

<sup>51</sup> J. López Mendel. Enseñanza de la Religión en una sociedad democrática. Ávila, 1989. p. 63.

### 3.2.6.2.1. La religión en la educación

Aunque desde instancias europeas<sup>52</sup>, apoyadas por el Ministerio de Justicia español ocasionalmente, se propone la educación religiosa como el conocimiento de las religiones<sup>53</sup>, en España se ha continuado con la tradición de ofertar sólo la enseñanza de las religiones con las que se han firmado acuerdos por su notorio arraigo social.

En la LOMCE parece que se da un giro a la práctica común de los últimos gobiernos y se sigue lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, pero en realidad se adopta el mismo criterio. De hecho, es una asignatura del bloque de las específicas, entre otras alternativas, y no forma parte de las materias de evaluación por etapa.

En virtud de estos términos, la LOMCE dispone que la enseñanza de la religión (ER) continuará siendo de oferta obligatoria por parte de los centros y de carácter opcional para los alumnos:

«Disposición adicional segunda. Enseñanza de la Religión.

1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español.

A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho Acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.

2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas.
3. La determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura Religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español».

---

<sup>52</sup> Vid., sobre el tema, I. Martín Sánchez. La protección de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza en la Unión Europea. En *RGDCyDEE*, n. 2 (2003), pp. 1-42.

<sup>53</sup> «Religious education should be conceived as a tool to transmit knowledge and values pertaining to all religious trends, in an inclusive way, so that individuals realize their being part of the same community and learn to create their own identity in harmony with identities different from their own. As such, religious education radically differs from catechism or theology, defined as the formal study of the nature of god and of the foundations of religious belief, and contributes to the wider framework of education as defined in international standards» (La libertad religiosa en la educación escolar. Ministerio de Justicia. Dirección General de Asuntos Religiosos, 2002, p. 37). Vid, sobre las directrices de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Unión Europea en la materia, N. Doe. *Law and Religion in Europe. A comparative introduction*. Oxford, 2011, pp.189-191.

### 3.2.6.2.1.1. La ER en la Educación Primaria

En el bloque de asignaturas específicas de la etapa de Educación Primaria, queda a elección de los padres y tutores la educación física o la religión, o los valores sociales y cívicos. Dependiendo de la administración educativa también se puede elegir educación artística o una segunda lengua extranjera, en vez de optar por religión. Además, los alumnos podrán cursar algún área más en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica.

### 3.2.6.2.1. 2. La ER en la ESO

Primer ciclo. En los tres primeros cursos de la ESO los alumnos deben cursar las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas en cada uno de los cursos:

- a) Educación Física
- b) Religión, o Valores Éticos, a elección de los padres o tutores legales o en su caso del alumno
- c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y en su caso de la oferta de los centros docentes, *un mínimo de una y máximo de cuatro de las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas*, que podrán ser diferentes en cada uno de los cursos:
  - 1º) Cultura Clásica
  - 2º) Educación Plástica y Visual
  - 3º) Iniciación a la Actividad Emprendedora y Empresarial
  - 4º) Música
  - 5º) Segunda Lengua Extranjera
  - 6º) Tecnología
  - 7º) Religión
  - 8º) Valores Éticos

Segundo ciclo. En cuarto de la ESO se tienen otras opciones:

4. Los alumnos deben cursar las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas:
  - a) Educación Física
  - b) Religión, o Valores Éticos, a elección de los padres o tutores legales o en su caso del alumno
  - c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y en su caso de la oferta de los centros docentes, *un mínimo de una y máximo de cuatro materias de las siguientes del bloque de asignaturas específicas*:
    - 1º) Artes Escénicas y Danza.
    - 2º) Cultura Científica.
    - 3º) Cultura Clásica.
    - 4º) Educación Plástica y Visual.
    - 5º) Filosofía.

- 6º) Música.
- 7º) Segunda Lengua Extranjera.
- 8º) Tecnologías de la Información y la Comunicación.
- 9º) Religión.
- 10º) Valores Éticos

En la evaluación final de la etapa de la ESO que se realiza al finalizar el cuarto curso y de manera individualizada se examinarán de asignaturas específicas, *pero nunca de religión o valores éticos*.

### 3.2.6.2.1.3. Bachillerato

En el primer curso de Bachillerato, como se desprende de la siguiente relación, resulta prácticamente imposible que se elija la religión en un periodo que puede calificarse de preparación al perfil del grado universitario por el que se va a optar:

- 1º) Análisis Musical I
- 2º) Anatomía Aplicada
- 3º) Cultura Científica
- 4º) Dibujo Artístico I
- 5º) Dibujo Técnico I
- 6º) Lenguaje y Práctica Musical
- 7º) Religión
- 8º) Segunda Lengua Extranjera I
- 9º) Tecnología Industrial I
- 10º) Tecnologías la Información y la Comunicación I
- 11º) Volumen
- 12º) Una materia de ampliación de los contenidos de alguna de las materias del bloque de asignaturas troncales
- 13º) Una materia del bloque de asignaturas troncales no cursada por el alumno

En el segundo curso de Bachillerato la oferta también es muy rica y diversa:

- a) Análisis Musical II
- b) Ciencias de la Tierra y del Medio Ambiente
- c) Dibujo Artístico II
- d) Dibujo Técnico II
- e) Fundamentos de Administración y Gestión
- f) Historia de la Filosofía
- g) Historia de la Música y de la Danza
- h) Imagen y Sonido
- i) Psicología
- j) Religión
- k) Segunda Lengua Extranjera II
- l) Técnicas de Expresión Gráfico-plástica
- m) Tecnología Industrial II

- n) Tecnologías la Información y la Comunicación II
- ñ) Una materia de ampliación de los contenidos de alguna de las materias del bloque de asignaturas troncales.
- o) Una materia del bloque de asignaturas troncales no cursada por el alumno.

Además en la evaluación final de Bachillerato *se excluye a la religión como materia de examen*. Quizá ésta sea la única solución para los que opten por el rendimiento mínimo, ya que podrán cursarla sin evaluarse de su materia.

Los que opten por enseñanzas académicas, tendrán la religión entre las asignaturas específicas del Bachillerato, entre otras muchas, pudiendo elegir entre un mínimo de dos y máximo de tres materias diversas.

#### **4. LA FAMILIA EN LA EDUCACIÓN Y LA EDUCACIÓN EN FAMILIA. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO Y DEL DERECHO ESPAÑOL**

Se ha diseñado una ley que intenta anular la posibilidad de optar por el *homeschooling*. No sólo por el deber de escolarización, sino por la introducción de algunos elementos que los *homeschoolers* suelen alegar para elegir este método alternativo.

- A los padres con movilidad se les otorga prioridad para el acceso al centro de sus hijos.
- Se afianza la atención individualizada.
- Se crean programas de mejora para los menores con dificultades en el estudio.
- Se crea un sistema de evaluaciones para elevar la calidad educativa.
- Se apuesta por la sensibilidad de los menores y el respeto a sus diversos talentos, con la atención individualizada y un currículo donde aparece la música, el diseño, todo lo que desarrolle la creatividad.

Ahora bien, todo esto es un artificio en una ley, la LOMCE, en cuya versión originaria aparecía la palabra familia sólo en tres ocasiones, para respetar la unidad familiar en caso de progenitores que se desplazan por ejercer una función pública, en las funciones del director de coordinar, o simplemente para informarles o notificarles. Predominaba el deber estatal de hacer efectivo el derecho a la educación de los menores, no apareciendo como una función subsidiaria sino como la única fuente de la que emana todo el sistema educativo.

Tras intensos debates y manifestaciones en la calle, se descubre una nueva función de la familia a través de la exposición de motivos, como actor social, parte de la sociedad civil a la que afecta a la educación, y se atisba un compromiso de cooperación entre la escuela y la familia, pero no se desarrolla adecuadamente en el articulado.

##### **4.1. La familia en la educación pública norteamericana**

Si no se tiene en cuenta la familia, el sistema educativo español difícilmente aplicará en las materias transversales el principio de no discriminación por razón religión, u opinión, a pesar de que la LOMCE reza así:

«Cincuenta y cinco. El apartado 3 del artículo 84 queda redactado de la siguiente manera:

3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

El respeto por la libertad religiosa y de conciencia de los progenitores en la educación pública norteamericana, por el contrario, se podría calificar de notable alto. No obstante, algunos padres eligen el *homeschooling*. Veamos algunos ejemplos de reconocimiento de la objeción de conciencia de los padres, abanderando sobre el viejo continente que no cede ante el primario derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, y a abogar por una educación pública de calidad sin adoctrinamiento.

Se trata de dos modelos: 1.º La familia participa en el diseño del currículo; 2.º La familia no participa en tal diseño pero puede solicitar la exención de sus hijos a la asistencia a clase de determinadas asignaturas por razón de convicciones, exención que está prevista en la normativa sobre educación y en las leyes sobre restauración de la libertad religiosa que se han promulgado en casi todos los estados de los Estados Unidos de América.

El sistema federal estadounidense permite un rico paisaje de diversidad y alternativas. Así, en el año 1989, el Consejo estatal de educación en *Arizona* estableció un panel de dieciséis expertos para desarrollar un *curriculum* sobre valores en las escuelas públicas. Se intentaba resolver los problemas a los que la juventud se enfrentaría como el abuso, el divorcio, e incluso la corrupción política. El panel evitó todo tipo de controversia, excluyendo los valores religiosos, y aun así tuvo críticas siempre en torno a la interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, y sobre si es constitucionalmente lícita una oposición entre los valores de la escuela y los que se reciben de la familia<sup>54</sup>.

Quizá esta candente discusión impulsó que *Arizona* iniciase un sistema de trabajo en común con las familias. La educación en el estado de *Arizona* regula con acierto y minuciosidad el modo en que se debe procurar el compromiso y participación de los padres en la educación de sus hijos: *parental involvement in the school*<sup>55</sup>.

La ley de educación prevé el diseño de un plan en el que los progenitores se vean envueltos en todo el proceso educativo de sus hijos; en el que se establezca el modo en que se les dará a conocer cuáles son todos sus derechos y responsabilidades según la ley: «the family educational rights and privacy act of 1974»; y en el que se elabore un programa de actuación para tener en cuenta la diversidad cultural de las familias. En realidad se trata de crear cauces de cooperación entre los padres, los profesores y las autoridades educativas de cada institución.

En este proceso los padres pueden cooperar en el trabajo de los niños en casa, procurando su asistencia a clase y con buena disciplina. También se les permite revisar todo el material de instrucción académica.

A través de procedimientos específicamente regulados, se prevén exenciones para los *padres que objetan a que sus hijos reciban instrucción en determinadas asignaturas*,

<sup>54</sup> Vid., un análisis de esta confrontación por Tracy M. Lorenz. (1992). Value Training: Education or Indoctrination-A Constitutional Analysis. En *Arizona Law Review*, Vol. 34, pp: 593-614.

<sup>55</sup> Vid., 2005 Arizona Revised Statutes - Revised Statutes. Title 15. §15-102.

como campañas singulares contra las drogas<sup>56</sup>, inmunización<sup>57</sup>, el SIDA<sup>58</sup>, y educación sexual<sup>59</sup>. De ahí que, todo estudiante debe presentar una autorización escrita para tener acceso a este tipo de clases, y también se permite *la objeción al material didáctico* tanto curricular como extracurricular por su contenido sexual, violento, profano o vulgar, cuando los padres aleguen una *objeción por cuestión de creencias basadas en diferentes referencias sexuales, moralidad o religión*<sup>60</sup>.

Este sistema participativo y conciliador entre la escuela y la familia, también se puede contemplar en otros estados como Florida donde el Código de educación sigue principalmente la ley conocida como «the Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA)<sup>61</sup>, además de todo el derecho federal sobre la materia.

En el capítulo 1002.23, se transcribe la ley sobre «Family and School Partnership for Student Achievement Act»<sup>62</sup>, cuyo propósito es el de ofrecer a los padres información específica sobre el progreso educativo del niño; informarles sobre sus opciones y oportunidades para estar implicados en la educación de sus hijos; y, establecer un marco de estrechamiento de lazos entre los padres, los profesores, los directores, los superintendentes de la escuela, y todo el personal.

Este programa en el que *la familia y la escuela se comprometen a trabajar juntas*, exige un control del distrito escolar, según las preceptivas guías elaboradas por el Departamento de educación, y también las creencias religiosas encuentran su lugar, ya que *las instituciones educativas deben proveer de una razonable acomodación para las prácticas religiosas y las creencias de los estudiantes*, tanto en la admisión o matrícula, asistencia

---

<sup>56</sup> En cuanto puede afectar a las prácticas rituales de los indígenas de Arizona: *2005 Arizona Revised Statutes - Revised Statutes §15-712*.

<sup>57</sup> 2005 Arizona Revised Statutes - Revised Statutes §15-873. Exemptions. A. Documentary proof is not required for a pupil to be admitted to school if one of the following occurs: 1. The parent or guardian of the pupil submits a signed statement to the school administrator stating that the parent or guardian has received information about immunizations provided by the department of health services, understands the risks and benefits of immunizations and the potential risks of nonimmunization and that due to personal beliefs, the parent or guardian does not consent to the immunization of the pupil. 2. The school administrator receives written certification which is signed by the parent or guardian and by a physician, which states that one or more of the required immunizations may be detrimental to the pupil's health and which indicates the specific nature and probable duration of the medical condition or circumstance which precludes immunization. B. An exemption pursuant to subsection A, paragraph 2 is only valid during the duration of the circumstance or condition which precludes immunization. C. Pupils who lack documentary proof of immunization shall not attend school during outbreak periods of communicable immunization-preventable diseases as determined by the department of health services or local health department. The department of health services or local health department shall transmit notice of this determination to the school administrator responsible for the exclusion of the pupils.

<sup>58</sup> Destaca en este tipo de instrucción, el rechazo a la homosexualidad: *2005 Arizona Revised Statutes - Revised Statutes §15-716*. Instruction on acquired immune deficiency syndrome; department assistance. C. No district shall include in its course of study instruction which: 1. Promotes a homosexual life-style. 2. Portrays homosexuality as a positive alternative life-style. 3. Suggests that some methods of sex are safe methods of homosexual sex.

<sup>59</sup> 2005 Arizona Revised Statutes - Revised Statutes §15-711. Sex education curricula; sexual conduct with a minor. All school districts with existing sex education curricula shall include instruction on the laws relating to sexual conduct with a minor for pupils in grades seven, eight, nine, ten, eleven and twelve. Each school district may develop its own course of study to meet the requirements this section.

<sup>60</sup> Vid., Education Statutes. Title 15. §15-102. A. 1-7.

<sup>61</sup> 20 U.S.C. s. 1232g

<sup>62</sup> Cfr. En <http://www.fldoe.org/family/fpspsa.asp> (consultado, 10/06/2013)

a clase, calendario de exámenes, asignaturas, etc, existiendo un procedimiento adecuado en el caso de que consideren que sus pretensiones han sido injustamente denegadas.

Aunque se permite esta acomodación en todos los niveles, las peticiones suelen aumentar en alumnos de «Postsecondary»<sup>63</sup>, y el Código de educación ofrece vías de solución, por ejemplo, no se entenderá como absentismo el caso de solicitud de permiso para no asistir a la escuela con el fin de recibir instrucción religiosa o para celebrar alguna fiesta sagrada<sup>64</sup>.

La mayoría de las objeciones que realizan los padres se refieren a los llamados «health issues». De ahí que, en un tono de neutralidad, se ofrece una alternativa en las clases sobre educación sexual y conocimiento de enfermedades de transmisión sexual, que está basada en la *abstinencia*, satisfaciendo así las demandas de los padres con valores más tradicionales<sup>65</sup>. Se explica que el marco más adecuado para la actividad sexual es *el matrimonio* y los beneficios de un *matrimonio heterosexual monógamo*.

En Idaho, sobre la asignatura de vida de familia y educación sexual<sup>66</sup> y apostando por la familia, se dice que de conformidad con la política legislativa del estado, la primaria responsabilidad en la educación sobre la vida de familia y educación sexual incluyendo la responsabilidad moral, *descansa sobre la familia, pero también las iglesias y las escuelas pueden complementar o reforzar* aquellos estándares establecidos en familia.

En Nevada, las instancias educativas del estado tienen la obligación de suministrar información sobre los medios para evitar enfermedades, y para instruir sobre el SIDA, el sistema de reproducción humana, las enfermedades de transmisión sexual, y la responsabilidad en las relaciones sexuales. Para esta instrucción, se crea un curso que contiene todas estas materias didácticas, supervisado por un comité de asesores formado por cinco

---

<sup>63</sup> 1002.21 Postsecondary student and parent rights. — (4) Religious beliefs.—Public postsecondary educational institutions must provide reasonable accommodations for the religious practices and beliefs of individual students in regard to admissions, class attendance, and the scheduling of examinations and work assignments, in accordance with the provisions of s. 1006.53, and must provide and describe in the student handbook a grievance procedure for students to seek redress when they feel they have been unreasonably denied an educational benefit due to their religious beliefs or practices.

1006.53 Religious observances.—Each public postsecondary educational institution shall adopt a policy which reasonably accommodates the religious observance, practice, and belief of individual students in regard to admissions, class attendance, and the scheduling of examinations and work assignments. Each policy shall include a grievance procedure by which a student who believes that he or she has been unreasonably denied an educational benefit due to his or her religious belief or practices may seek redress. Such policy shall be made known to faculty and students annually in inclusion in the institution's handbook, manual, or other similar document regularly provided to faculty and students.

<sup>64</sup> 1002. 20 (2) (c) Absence for religious purposes.—A parent of a public school student may request and be granted permission for absence of the student from school for religious instruction or religious holidays, in accordance with the provisions of s. 1003.21(2)(b).

<sup>65</sup> 1003.46 Health education; instruction in acquired immune deficiency syndrome. (2) Throughout instruction in acquired immune deficiency syndrome, sexually transmitted diseases, or health education, when such instruction and course material contains instruction in human sexuality, a school shall:

- (a) Teach abstinence from sexual activity outside of marriage as the expected standard for all school-age students while teaching the benefits of monogamous heterosexual marriage.
- (b) Emphasize that abstinence from sexual activity is a certain way to avoid out-of-wedlock pregnancy, sexually transmitted diseases, including acquired immune deficiency syndrome, and other associated health problems.
- (c) Teach that each student has the power to control personal behavior and encourage students to base actions on reasoning, self-esteem, and respect for others.

<sup>66</sup> §33-1608.

padres de niños matriculados en el distrito escolar, y cuatro representantes de cada una de las siguientes áreas: a) Medicina o enfermería; b) Mediación; c) Religión; d) Enseñanza.

Dicho comité tiene la función de aconsejar al distrito sobre el contenido y los materiales que deben ser utilizados para el curso de instrucción, y las edades recomendadas para sus estudiantes, aunque será el Consejo de Directores del Distrito, el órgano que tome las decisiones finales.

Los padres deben ser notificados por escrito de la oferta de un curso sobre reproducción sexual y enfermedades contagiosas, adjuntando un formulario que debe ser cumplimentado y firmado por el progenitor o quien tenga la custodia, consintiendo a la asistencia del curso. En el caso de que no se reciba tal consentimiento, el alumno será excusado sin que sea sancionado en la obtención de sus créditos ni en su condición académica. No obstante, este curso no es un requisito *sine qua non* para su graduación.

En la descripción del sistema para impartir el curso sobre reproducción sexual y enfermedades contagiosas se aprecia una cierta finura de conciencia y responsabilidad en la transmisión de conocimientos, muy alejadas del método elegido en otros estados como en Massachusetts donde la asignatura implicaba que los estudiantes visionaran pornografía y se realizaran tocamientos<sup>67</sup>, aunque no es la única situación similar, Kentucky, Tennessee y California entre otros, también protagonizaron un auténtico «shock of conscience» para los progenitores<sup>68</sup>.

Nueva York se tuvo que enfrentar a un caso en el que los padres denunciaban un programa de distribución de condones en el sistema público educativo, como inapropiado en las escuelas, y no acorde con sus creencias religiosas, hablamos de *Alfonso v. Fernández* (1992)<sup>69</sup>.

El caso de Nueva York llega hasta su Tribunal Supremo (Primera Instancia en el estado de Nueva York), no sólo porque se había contratado a personal que ofrecía asesoría personal sobre materia sexual y enseñaban todo sobre el uso de los condones y otras materias referentes a salud, sino debido a que los estudiantes de Nueva York no necesitaban el consentimiento de los padres ni identificarse para recibir los condones. Incluso los padres que objetaron contra el programa, no podían prohibir a sus hijos que participaran<sup>70</sup>.

El Tribunal Supremo de Nueva York considera que un programa voluntario no obliga a cambiar la conducta de un estudiante conforme a su fe ni a violar sus creencias, sólo expone a los niños otras ideas sobre la materia<sup>71</sup>. Se afirma que el programa no afecta a la libertad religiosa, y que los efectos del programa son meramente incidentales o secundarios, así que no se debe examinar si violan la Primera Enmienda de la Constitución federal (protección de la libertad religiosa)<sup>72</sup>.

Este caso es *un exponente de la pérdida del control de los padres sobre la educación de los hijos*. Como contraste, otros estados facilitan el derecho de libertad religiosa de las familias tal y como hemos visto anteriormente, a lo que podemos sumar otros ejemplos, así en Virginia los padres tienen el derecho a revisar ciertos materiales y sumarios de la asignatura conocida como «family life program», que será distribuida por las autorida-

<sup>67</sup> Brown v. Hot, Sexy and Safer Prods., Inc., 68 F.3d 525 (1st Cir. 1995)

<sup>68</sup> Curtis Schube. «Public schools are replacing parents», ob.cit., pp: 121- 145.

<sup>69</sup> Alfonso v. Fernández, 584 N.Y.S., 2d 406 (1992).

<sup>70</sup> M. Forbes. Legality of a High School condom distribution program to prevent HIV infection: Alfonso v. Fernandez. En *Journal of Law & Education*, Vol. 22, No. 1 (1993), pp. 134-135.

<sup>71</sup> Alfonso v. Fernández, 584 N.Y.S., 2d 406 (1992) at 410.

<sup>72</sup> Idem.

des escolares, ya que se les pasará copia tanto de los materiales escritos como los audio—visuales, que permanecerán también en la biblioteca, con el fin de que estén implicados en la instrucción de sus hijos, o para solicitar que se les declaren exentos<sup>73</sup>.

En *Conneticut*, el mismo estatuto incluye un epígrafe para permitir a los estudiantes de escuelas públicas la posibilidad de no participar en la asignatura sobre educación de la vida en familia. En efecto, el consejo estatal puede desarrollar una asignatura sobre «family life education», con guías apropiadas para seguirla que deben contener información sobre planificación familiar, sexualidad humana, atención a los descendientes, nutrición, aspectos emocionales, físicos, psicológicos, higiénicos, económicos y sociales de la vida en familia. No se incluirá el aborto como un modo de planificación familiar<sup>74</sup>.

Por último, me parece interesante incluir entre los estados ejemplificativos a *New Jersey*, cuyo estatuto<sup>75</sup> promulga una ley con el título de: «Parents Rights to Conscience Act of 1979.»<sup>76</sup>. Cualquier niño cuyo padre o representante legal presente ante el director de la escuela una declaración firmada en la que conste su conflicto de conciencia con la instrucción recibida en materia de salud, educación de vida de familia y educación sexual, será excusado de esa parte la asignatura sin que recaiga sobre el estudiante ningún tipo de sanción, ni afecte a la ayudas que reciba, ni a su futura graduación<sup>77</sup>.

## 4.2. El fenómeno de la educación en familia

El *homeschooling* es un método educativo en el que la familia no es el simple motor, ni tampoco una prolongación o longa manus. Los progenitores son padres y profesores, con la ayuda de un tutor para determinadas asignaturas, o para todo el currículo si no tienen titulación universitaria.

Las características de los «homeschoolers» son tan diferentes como cualquier grupo de la población. Todo bagaje educativo, grupo socio-económico, y background racial<sup>78</sup>, étnico o religioso está representado, pero lo interesante es vivir en ambiente de familia.

### 4.2.1. Estados Unidos de América

«The familiar environment» se pone de moda y lidia batallas con la justicia a nivel mundial<sup>79</sup>. Pues bien, en Estados Unidos se consigue entender que es un modo de respetar la diversidad intercultural, y la acepta como alternativa pedagógica.

<sup>73</sup> § 22.1-207.2.

<sup>74</sup> Idem, 10-16c.

<sup>75</sup> § 18A:35-4.6.

<sup>76</sup> L.1979, chapter 428, s. 1, eff. Feb. 11, 1980.

<sup>77</sup> §18A:35-4.7. Parent's statement of conflict with conscience. Any child whose parent or guardian presents to the school principal a signed statement that any part of the instructions in health, family life education or sex education is in conflict with his conscience, or sincerely held moral or religious beliefs shall be excused from that portion of the course where such instruction is being given and no penalties as to credit or graduation shall result therefrom (L.1979, c. 428, s. 2, eff. Feb. 11, 1980).

<sup>78</sup> Vid., un interesante estudio sobre el aumete de los *homeschoolers* de raza negra por Consuelo Valenzuela Lickstein. Race and Education at a Crossroads: How parents involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1 and Wisconsin v. Yoder Shed Light on the Potential Conflict between the black *homeschooling* movement and k-12 affirmative action programs. En *The Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 13 (2010), pp. 835 ss.

<sup>79</sup> I. M. Briones Martínez. La libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia. Barcelona, 2012, p. 37.

#### 4.2.1.1. Estados con programas de educación en casa

En al menos quince estados hay programas de educación en casa que pueden operar bajo la cobertura de las leyes para una escuela privada o una *church school* (AK, AL, CA, IL, IN, KS, KY, MI, NE, LA, OH, PA, TN, TX).

En LA, MI, OH, PA, TN, y WV, tienen la posibilidad de operar bajo el derecho de la escuela privada o el propio de *homeschool*. De éstos, dos requieren que las *homeschools* dependan de la aprobación discrecional del distrito escolar local, del consejo escolar, o del comisionado estatal.

#### 4.2.1.2. *Home School* como escuela privada o asociación.

Nueve de estos estados mencionados que cuentan con programas de educación en casa, no tienen estatutos específicos de *homeschool*, siendo la regulación de las escuelas privadas la única opción factible para los padres.

#### 4.2.1.3. Estados con regulación especial

Oklahoma, Idaho, New Jersey, y South Dakota son los únicos estados que no encajan en la categoría «homeschool state, private school law state, approval state».

Oklahoma es un estado excepcional porque ha incluido un enmienda constitucional que específicamente garantiza el derecho de educar en casa: *other means of education*.

En Idaho, los niños simplemente deben ser: *otherwise comparably instructed*.

En New Jersey, las *homeschools* se clasifican en la categoría de: «elsewhere than at school».

En South Dakota, las *homeschools* son «alternative instruction programs» en escuelas privadas.

#### 4.2.1.4. Educación en casa como exención religiosa a la escolarización obligatoria.

Dos estados asumen el *homeschooling* como una exención religiosa:

##### a) Virginia<sup>80</sup>:

«A school board shall excuse from attendance at school . . . any pupil who, together with his parents, by reason of bona fide religious training or belief, is conscientiously opposed to attendance at school.» § 22.1-254 (B)(1)<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Virginia tiene una guía sobre la instrucción de home education, Cfr. En [http://www.doe.virginia.gov/students\\_parents/private\\_home/home\\_instruction/home\\_instruction\\_handbook.pdf](http://www.doe.virginia.gov/students_parents/private_home/home_instruction/home_instruction_handbook.pdf) (consultado, 06/09/2012)

<sup>81</sup> Compulsory Attendance and Home Instruction Related Statutes 2008). Cfr. En [http://www.doe.virginia.gov/students\\_parents/private\\_home/home\\_instruction/compulsory\\_attendance\\_statutes.pdf](http://www.doe.virginia.gov/students_parents/private_home/home_instruction/compulsory_attendance_statutes.pdf) (consultado, 08/09/2012)

b) Vermont<sup>82</sup>:

«After the filing of the enrollment notice or at a hearing, if the home study program is unable to comply with any specific requirements due to deep religious conviction shared by an organized group, the commissioner may waive such requirements if he or she determines that the educational purposes of this section are being or will be substantially met»<sup>83</sup>.

La libertad religiosa juega un papel importante en el sistema educativo y la educación en casa, así que se debe analizar el estado de la libertad religiosa y su sistema educativo. En USA hay dieciséis estados donde se han promulgado leyes de libertad religiosa o de restauración de la libertad religiosa; otros ocho estados tienen una protección equivalente, a través de su jurisprudencia, así KS, MA, MN, OH, VT, WA, WI, y MI.

Las leyes de libertad religiosa o la jurisprudencia que la impone permiten que un padre no sea acusado de «*truancy*», si invoca una convicción religiosa. Los padres que alegan sus creencias, sólo verán restringido su derecho si el gobierno presenta una prueba clara y evidente de que en conformidad con el mejor interés del menor, en cuanto predominante, es esencial para los niños que sean escolarizados, y no se ha encontrado un modo menos restrictivo de hacer valer ese interés.

#### 4.2.2. *La familia y la educación en familia en los países europeos que menciona la LOMCE como modelos de reforma educativa*

##### 4.2.2.1. Alemania

Alemania abandera la posición de países que no regulan la educación en casa y no puede contemplarse como una opción dentro del sistema educativo nacional, al contrario que USA, Canadá, Austria, Albania, Chile, Ecuador, Estonia, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Mongolia, Nepal Indonesia, Eslovenia, Bélgica, Dinamarca, Hungría, Irlanda, Italia, Francia, Libia, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Portugal, República Eslovaca, Rusia, República Checa, Suiza, Suecia, Reino Unido, Tailandia, y Zimbabue.

El artículo 6.0 de la Ley federal alemana prescribe lo siguiente:

- «1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.
2. El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.
3. En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados».

<sup>82</sup> Cfr. [http://education.vermont.gov/documents/EDU-Homestudy\\_Guidelines.pdf](http://education.vermont.gov/documents/EDU-Homestudy_Guidelines.pdf) (consultado, 01/10/2013)

<sup>83</sup> Title 16, chapter 3 § 166b(j) En Cfr. <http://www.leg.state.vt.us/statutes/fullchapter.cfm?Title=16&Chapter=003>

Debido a que la educación se equipara a escolarización, sólo está permitida en otro lugar si la escolarización causa un gravamen excesivo sobre un niño en particular, de ahí que en el resto de los casos los padres puedan recibir penas privativas de libertad y perder la custodia de sus hijos, lo que obliga a practicar en secreto esta opción. En 2010, un juez estadounidense de inmigración concedió el asilo a una familia de origen alemán, basándose en una aparente persecución por practicar la educación en casa<sup>84</sup>.

Aunque el artículo 7 de la Constitución reconoce el derecho a recibir enseñanza religiosa en la escuela pública, no admite la práctica de otro tipo de instrucción por motivos religiosos. El TEDH, en *Konrad y otros contra Alemania* de 11 de octubre de 2006<sup>85</sup>, sin negar el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, apoya firmemente el monopolio radical de los Estados sobre la educación de los menores<sup>86</sup>, pero con un razonamiento que reduce inadecuadamente el ámbito de protección del número 2 del Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>87</sup>.

Los padres rechazan mantener escolarizados a sus hijos de 8 y 7 años, enfrentándose a las autoridades educativas de «Land Baden - Wurtemberg». Se trata de progenitores que pertenecen a una comunidad cristiana, y según su interpretación de la Biblia, los menores no pueden educarse en una escuela, ya sea pública o privada. Además, alegan que en la escuela no hay una enseñanza neutral, ya que se imparte una asignatura sobre educación sexual, y se viven celebraciones infantiles con criaturas míticas como hadas y brujas. Consideran por añadidura que los niños viven en el recinto escolar respirando violencia tanto física como psicológica.

Ellos educan a sus hijos en casa según el programa de la «Escuela de Philadelphia», una institución con base en *Siegen* que no cuenta con reconocimiento estatal como escuela privada, y la educación en casa en Alemania está prohibida.

En instancias nacionales, los demandantes solicitan la exención de escolarización obligatoria esgrimiendo el Art. 72 de la Ley Básica: «El cumplimiento de la escolarización obligatoria: Todos los niños y jóvenes están obligados a asistir a la escuela, *mientras no se proporcione algún otro tipo de educación o instrucción suficiente*. En lugar de asistir a la escuela primaria, puede admitirse *algún otro tipo de instrucción sólo de manera excepcional* y con la autorización del Consejo Escolar».

En julio de 2001, la Corte Administrativa de *Freiburg*, rechazó la petición de exención a la escolaridad obligatoria, aunque reconociendo que la Ley Básica garantiza la libertad religiosa y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias creencias.

Sin embargo, afirma que la escolarización obligatoria no entra en conflicto con la discrecionalidad parental, se trata simplemente del ejercicio de una obligación asumida por el Estado, que ante la evidencia de que los niños no pueden aprender en la misma medida y calidad en familia que en la escuela, deben obligar a su asistencia.

---

<sup>84</sup> Cfr. En <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/7080790/German-homeschoolers-granted-political-asylum-in-US.html>; <http://www.guardian.co.uk/world/2010/jan/27/german-home-schooling-family-asylum> (consultado, 31/05/2013)

<sup>85</sup> Caso *Konrad v. Alemania*, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, n.º 35504/03.

<sup>86</sup> Esta sentencia inspiró la obra de L. Martín-Retortillo Baquer. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, Madrid, 2006, vid., especialmente, pp. 39-50 y 148-156.

<sup>87</sup> Vid., sobre este tema, R. Navarro Valls y J. Martínez Torrón. Conflictos entre conciencia y ley, ob. cit., pp. 264-265.

Irónicamente y, no se sabe si como un apunte pedagógico o como una concesión judicial, el padre-Estado recuerda a los padres biológicos que pueden educar a sus hijos antes y después del horario escolar así como durante los fines de semana. También les sugiere que podrían enviarlos a una escuela religiosa confesional que posiblemente les eximirán de la asignatura de educación de la sexualidad.

El recurso ante el TEDH se centra en la vulneración del art. 2 del protocolo 1 del Convenio sobre el derecho a la instrucción, pero el TEDH se une a los razonamientos del Tribunal administrativo, y ante la demanda de una alternativa de educación en casa para instruir académicamente a los menores, ha reconocido que la apreciación de que «los objetivos académicos no pueden ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar «no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos. Como advierte Teófilo González Vila, «Pero que no sea errónea esa apreciación no significa —advirtamos nosotros— que sea una verdad incontrovertible...»<sup>88</sup>.

Otro argumento expuesto tanto por las instancias judiciales alemanas como por el TEDH, es el de *la socialización y la integración en una sociedad plural*. La asistencia a una escuela primaria, con niños de diferentes extractos sociales, permite a los niños tanto experimentar sus primeras experiencias en sociedad, como adquirir competencias sociales. Ninguna de ellas sería posible si se autorizara a los padres a educar a sus hijos en casa, más aún tras el anuncio de los padres de que desean evitar el contacto regular de sus hijos con otros niños.

Efectivamente, así como el Tribunal Federal consideró de excepcional importancia el interés general de la sociedad de evitar sociedades paralelas basadas en concepciones filosóficas distintas, y la importancia de integrar a las minorías en la sociedad, de igual manera el Tribunal Europeo incide en que esta interpretación es acorde a su propia jurisprudencia y a la importancia del pluralismo democrático.

#### 4.2.2.2. Austria

En Austria, la educación viene regulada a través del artículo 14 de la Constitución y de todo un elenco de instrumentos normativos que regulan una dimensión particular de la educación del país<sup>89</sup>, la organización, la participación de padres y alumnos, la edu-

<sup>88</sup> T. González Vila. Laicidad y laicimos aquí y ahora. En *Communio*. Revista Católica Internacional de Pensamiento y Cultura, N.º 3-Invierno 2006, Madrid, pp. 9-32.

<sup>89</sup> 1962 School Organization Act (Schulorganisationsgesetz); 1962 Federal School Inspectorate Act (Bundes-Schulaufsichtsgesetz); 1985 Compulsory Education Act (Schulpflichtgesetz); 1985 School Lessons Act (Schulzeitgesetz); 1962 Private Schools Act (Privatschulgesetz); 1949 Religious Education Act (Religionsunterrichtsgesetz); 1955 School Maintenance Act (Schulerhaltungsrecht); 1959 Minorities School Act for the Province of Carinthia (Minderheiten-Schulgesetz für Kärnten); 1994 Minorities School Act for the Province of Burgenland (Minderheiten-Schulgesetz für Burgenland); 1974 School Education Act (Schulunterrichtsgesetz); 1990 Pupils' Representation Act (Schülervertretungsgesetz); 1997 School Education Act for People under Employment (Schulunterrichtsgesetz für Berufstätige); 1997 «Reifeprüfung»-and TVE-Exam Act (Berufsreifeprüfungsgesetz).

cación religiosa<sup>90</sup>, la educación privada, la obligatoriedad de la educación, etc. El sistema educativo austríaco ha sufrido reformas progresivas, y quizá la más significativa fue la que se produjo en 1774, introduciendo una auténtica escuela de Estado<sup>91</sup>.

La escolarización es obligatoria hasta los catorce años, y todos los estudiantes asisten a la *volksschule* (escuela elemental) durante cuatro años. Los niños que finalizan su periodo escolar a los 15 años, o bien entran en la escuela de formación profesional o bien continúan en la escuela. La educación secundaria está limitada entre los 10 y los 18 años y se precisa para la entrada en la universidad. Austria tiene un amplio sistema de escuelas especiales y centros de educación para adultos.

La práctica de la educación en familia está permitida y regulada a nivel local. La ley de educación obligatoria de 1985<sup>92</sup> autoriza este tipo de educación considerándola una forma de educación privada<sup>93</sup> y la educación debe ser «at least equivalent» a la escuela pública, según los resultados de los exámenes que deben realizar regularmente en las «public schools agencies»<sup>94</sup>.

Los padres no necesitan tener una cualificación académica para instruir a sus hijos en el hogar, pero sí deben notificar su intención de comenzar con este sistema al inicio de cada curso escolar. Si el Consejo Escolar considera que la educación no es equivalente a la que se recibe en la escuela pública, los padres están obligados a escolarizar a sus hijos. La supervisión de la educación en familia es muy estricta, incluso de aspectos no rigurosamente académicos, ya que Austria está muy implicada en la abolición del trabajo infantil desde 1987, con su ley sobre el empleo de niños y adolescentes, de modo que hasta los quince años e incluso *en el seno del propio hogar* sólo pueden realizar trabajos ligeros, puntuales y mínimos, con fines serviciales, siempre y cuando sean de corta duración<sup>95</sup>.

En el aspecto referente a adquisición de conocimientos, los menores deben examinarse a través de la correspondiente evaluación al final de cada año, aunque dependiendo de la zona se puede exigir hasta cuatro evaluaciones anuales.

Entre las motivaciones para elegir la educación en casa está la del desplazamiento por motivos de trabajo y, en ciertas ocasiones, también la religión forma parte de la decisión de una familia a optar por esta metodología educativa. El mayor tanto por ciento de la población es católica romana, seguido de los luteranos especialmente en el sur de Austria, y los cristianos ortodoxos, aunque con un número también significativo

<sup>90</sup> El Gobierno federal tiene competencias sobre: «(10) In matters of the school authorities of the Federation in the States and political Districts, compulsory schooling, school organization, private schools, and the relationship between school and the Churches including religious instruction at school, the House of Representatives, in so far as matters of universities and fine arts academies are not concerned, can adopt federal legislation only in the presence of at least half the members and by a two thirds majority of the votes cast. The same applies to the ratification of treaties negotiated on these matters and which fall into the category specified in Article 50» (art. 14 de la Constitución austríaca).

<sup>91</sup> A. Torres Gutiérrez. *El derecho de libertad de conciencia en Austria*, Madrid, 2006, pp. 65-66.

<sup>92</sup> La escolarización se rige por la ley de 1985 sobre escolarización obligatoria. Cfr. En *B.O.E.* núm. 76/1985.

<sup>93</sup> 1962 Private Schools Act (*Privatschulgesetz*)

<sup>94</sup> W. Berka and M. Geistlinger. The legal status of pupils: Austria Report. En *The legal status of pupils in Europe*, Vol. I (1996), Kluwer Law International, The Netherlands, p. 252.

<sup>95</sup> De conformidad con la versión modificada del apartado 1), párrafo 2 de la ley de 1987 sobre el empleo de niños y adolescentes (KJBG), publicada en el Boletín Oficial I, núm. 79/1997.

de musulmanes que va en aumento, y ya de menor porcentaje, algunas comunidades de hindúes, sijs, budistas y judíos.

En junio de 2012, algunas familias que educaban a sus hijos en inglés, denunciaron que se les amenazaba con la expulsión del país si no enseñaban a sus hijos en alemán. Esta advertencia fue recibida como un ataque a la religión cristiana de las familias, algunas católicas y otras ortodoxas, que procedían de Inglaterra, Escocia, Eslovaquia y los Estados Unidos de América<sup>96</sup>.

Aunque Austria ha ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su Constitución no es lo suficientemente garantista de los derechos fundamentales, quizá porque data de 1920, y tuvo un periodo Nazi que rescindió su eficacia, pero esto afecta también a los derechos de los menores en la escuela de la familia y en la escuela del Estado cuando se viola el derecho a la educación y el principio de igualdad. Berka & Geistlinger advierten que quizá sea éste el motivo por el que los padres que invocan el artículo 2 del Protocolo del Convenio sobre el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, no han visto satisfechas sus demandas al objetar a determinado material didáctico como «Materials on Sexual Education»<sup>97</sup>.

#### 4.2.2.3. Dinamarca

La Constitución del Reino de Dinamarca data del año 1989 e incluye en su texto la posibilidad de educar en casa. El artículo 76 reza así: «Todos los niños en edad de recibir instrucción obligatoria tendrán derecho a enseñanza gratuita en las escuelas públicas primarias. Los padres o tutores que se encarguen por sí mismos de dar a los niños una instrucción igual a la que se exija generalmente en las escuelas públicas primarias, no están obligados a enviarlos a las escuelas públicas». A pesar de esta disposición constitucional y de que no existe la obligación legal de asistir a la escuela o *folkeskole*<sup>98</sup>, el número de familias que educa en casa no llega a 300, quizá porque en el colegio tienen la oportunidad de estudiar inglés y francés o alternativamente alemán, ya que el danés es una lengua escandinava sólo utilizada en este país.

Una de las preocupaciones estatales más importantes es la de los matrimonios forzados que se producen con alta frecuencia<sup>99</sup>. Se considera que un simple panfleto no puede acabar con años de tradición, de ahí que la información sobre los derechos y libertades se debe difundir a través de la educación, y también a través de internet, diálogos directos en los colegios, y en los clubes constituidos para chicas pertenecientes a estas minorías. Sin embargo, esta educación no se transmite a los jóvenes educados en familia y pertenecientes a minorías étnicas.

El mayor problema se produce cuando los padres piensan que sus hijos han adquirido la cultura danesa, optando por sacarlos de la escuela. En unas ocasiones, se ven

<sup>96</sup> Cfr. En <http://www.intoleranceagainstchristians.eu/case/homeschooling-restricted-in-austria.html>

<sup>97</sup> Vid., la nota 24, del trabajo de W. Berka and M. Geistlinger. The legal status of pupils: Austria Report. En *The legal status of pupils in Europe*, ob.cit., p. 249.

<sup>98</sup> Vid. sobre el tema, R. Raivola, Denmark. En *Education in a single Europe*, de VVAA, London, 1994, p. 106.

<sup>99</sup> Vid., sobre el tema, I. M. Briones Martínez. Las mujeres en la legislación danesa. En *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 191-246.

obligados a dejar la educación secundaria, en otros los matriculan en un colegio privado de educación étnica, o los educan en casa y, en última instancia, tienen que realizar un retorno involuntario al lugar de origen donde son reeducados.

La escuela privada y la educación en familia han llegado a ser una fuerte alternativa para las familias danesas, en áreas donde existen poblaciones extensas de minorías étnicas. Las autoridades danesas también critican a los cristianos que eligen escuelas privadas cristianas por su consideración de que en la enseñanza pública se respira una moral degenerada, tal vez por este motivo los profesores reciben cierta formación académica en religión, concretamente, pueden cursar una asignatura especializada de estudios cristianos.

#### 4.2.2.4. Finlandia

La Constitución de la República finlandesa es un texto moderno que recoge no solo los derechos civiles y políticos sino también los derechos de última generación, los derechos económicos, sociales y culturales. Se reconoce igualmente el derecho a la educación así como el derecho a la propia lengua y cultura, a este respecto hay que decir que los menores pueden ser educados en finlandés o en sueco, y existen algunas áreas bilingües.

En cuanto a las garantías constitucionales de los Derechos, se debe poner de relieve que no hay una corte constitucional. La protección de los derechos fundamentales se lleva a cabo a través de la garantía del reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana y de los derechos de la persona (art. 1) así como de la garantía del «contenido esencial» de los derechos fundamentales, la previsión del procedimiento de revisión constitucional agravado y la previsión de reservas de ley. Al respecto es también muy importante el papel desempeñado por el *Ombudsman* y por el Canciller de Justicia. Se prevé además la posibilidad para los jueces ordinarios de pronunciarse, en vía incidental, sobre la constitucionalidad de las leyes.

El sistema educativo finlandés es uno de los mejores del mundo y los padres prefieren la escolarización de sus hijos. En el contexto del artículo 16 de la Constitución<sup>100</sup>, donde se asegura el derecho de todos a la educación, hubo una reforma educativa en el año 2011 sobre el Decreto Básico de Educación<sup>101</sup>, y la regulación de la educación no se hace en un texto único, sino que hay diferentes leyes según la etapa escolar, y se especifica el currículo con todo detalle dependiendo del grado. Cada asignatura tiene un desarrollo extenso y minucioso del que se percibe el trabajo concienzudo en la preparación del sistema educativo. Siendo uno de los países nórdicos más desarrollados se incluye la enseñanza de varias religiones en el currículo, sin que cause ningún tipo de escándalo social. El luteranismo, la religión ortodoxa, otras religiones y ética son materias objeto

---

<sup>100</sup> «Artículo 16. Todas las personas tienen derecho a una educación básica gratuita. La obligatoriedad de la educación estará regulada por Ley. El poder público debe asegurar a todas las personas, de acuerdo con lo que se regule más precisamente por Ley, la posibilidad igualitaria de acceder, conforme a sus capacidades y necesidades especiales, a una educación diferente de la básica, y de desarrollarse pese a la escasez de recursos. Se garantiza la libertad científica, artística y de educación superior». Cfr. En <http://www.finlandia.es> (consultado, 19/06/2013).

<sup>101</sup> Decreto 852/1998, de Educación Básica, de 21 de Agosto. Cfr. En <http://www.minedu.fi> (consultado, 18/06/2013).

de educación e investigación en la enseñanza media y superior en el nuevo plan con objetivos del 2011 al 2016<sup>102</sup>.

En este país, la educación en casa tampoco tiene un seguimiento masivo y no supera el número de 500 familias. Los padres tienen mayor margen de discrecionalidad en el diseño del plan de estudios de sus hijos, pero serán supervisados por las autoridades municipales en la línea de lo que se conoce como cooperación con la educación en casa, y que estará bajo la tutela del «National Education Board» que designará a un profesor para supervisar a cada niño<sup>103</sup>. Aunque se han producido reformas educativas, se mantiene el criterio de que un niño puede ser educado en la escuela, en otra institución o en casa, según se dispone en los artículos 35 y 43 de la «Comprehensive School Act» (1983)<sup>104</sup>.

Las razones que motivan la práctica de la educación en familia son muy diversas pero debido al buen nivel de resultados en la actividad académica, las opciones se reducen a la libertad de religión o de conciencia que viene garantizada en la sección 11 de la Constitución de Finlandia<sup>105</sup>.

#### 4.2.2.5. Francia

Ya en la ley de 28 de marzo de 1882 se recogía el *homeschooling* como una opción legal. Tras la reforma legislativa en materia de educación del año 1998<sup>106</sup>, se ha reforzado el control de la obligación escolar en general, y la supervisión de la educación recibida en casa de modo particular, dotando de mayor dureza a las disposiciones al respecto. Con motivo de los 50 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se celebró la Asamblea nacional, el 10 de diciembre de 1998, y hubo una intervención de Ségolène Royal, entonces ministra de enseñanza escolar, en torno al asunto de reforzar el control de la obligación escolar, parte del debate giró en torno a la protección de los niños de los guetos sectarios, haciéndose referencia a un caso en que los gendarmes registraron el local de una secta en la Drôme en el que se descubrieron a más de cincuenta niños en edad escolar, sin que se hubiese declarado al Alcalde la opción de educación en familia, algo que fue calificado como un acto de despojo de los derechos del niño. Se señala que la educación de los niños es una responsabilidad compartida entre el Estado y la familia. La libertad de conciencia implica la libertad de instrucción, sin embargo, la

<sup>102</sup> Education and Research 2011-2016. A development plan. Reports of the Ministry of Education and Culture, Finland 2012:3. Cfr. En <http://www.minedu.fi> (consultado, 18/06/2013).

<sup>103</sup> De conformidad con la ley básica de educación posteriormente enmendada en algunos aspectos: Basic Education Act 628/1998. Cfr. En <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1998/en19980628.pdf> (Consultado, 10/06/2013)

<sup>104</sup> Vid, sobre el tema, R. Raivola, Finland. En *Education in a single Europe*, ob.cit., pp. 128-129; T. Modeen. The legal status of pupils in Finland. En *The legal status of pupils in Europe*, ob.cit., p. 314.

<sup>105</sup> «(1) Everyone has the freedom of religion and conscience; (2) Freedom of religion and conscience entails the right to profess and practice a religion, the right to express one's convictions and the right to be a member of or decline to be a member of a religious community. No one is under the obligation, against his or her conscience, to participate in the practice of a religion». Cfr. En *Ibidem*.

<sup>106</sup> Ley 98/1165, de 22 de diciembre de 1998. El Proyecto de ley relativo a la obligación de escolaridad y el control de la obligación escolar fue aprobado por ley de 29 de junio de 1998. Con fecha de 22 de diciembre de 1998, la Asamblea Nacional aprueba la ley.

libertad no es la ausencia de la ley, y tenemos el deber de proteger al niño, particularmente para evitar el desarrollo moral bajo el lecho de fanatismos y sectarismos<sup>107</sup>.

El control de la obligación escolar se hace porque, según las estadísticas, los niños que se ausentan de la escuela son mantenidos muy a menudo en un estado de incultura, de ignorancia, o aún peor, de embriaguez, de alienación o son víctima de malos tratos<sup>108</sup>. Además, el aumento del control de la instrucción en familia, se dispara bajo el temor de que muchos niños, franceses y extranjeros, entre los seis y los dieciséis años no atiendan a la escuela, siendo objeto de la influencia de sectas. Los niños corren el riesgo de ser marginados y de ser incapaces de desarrollar un espíritu crítico. Estas razones fueron sopesadas durante las discusiones parlamentarias de la ley.

En el código de educación que refunde ambas leyes, el artículo L131-2<sup>109</sup> establece lo siguiente sobre el tipo de educación en Francia:

«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».

La instrucción es obligatoria para los niños de ambos sexos, franceses y extranjeros, entre 6 y 16 años, y puede ser impartida, bien en los centros o escuelas públicas o privadas, bien en las familias por los padres, o por uno de ellos, o por cualquier persona de su elección.

Son personas responsables, los padres, el tutor o los responsables legales del niño, bien porque asumen la responsabilidad a petición de los padres, del tutor o de una autoridad competente, bien porque ejercen sobre él, de forma continuada, una autoridad de hecho.

La ley vigente obliga a la inscripción obligatoria en el ayuntamiento local de aquellos niños educados en casa, debiendo constar claramente el nombre de los mismos y la fecha de nacimiento. En el artículo 2 de la Ley de 18 de diciembre de 1998, se establece que en caso de no escolarización se debe hacer una declaración anual, y renovar en los ocho días siguientes al cambio de domicilio. La declaración anual se refiere a cada año civil desde que el niño tenga la edad de 6 años hasta que cumpla los 16.

La declaración de los padres como *schoolers* exige la comunicación al Alcalde, exponiendo las razones para la elección que han hecho, es decir, la no escolarización. A continuación, se procederá a realizar una investigación que no va referida a la calidad de la instrucción, sino a comprobar si el estado de salud y las condiciones de vida de la familia permiten la instrucción en la familia, debiéndose renovar cada dos años.

Ya desde la ley de Jules Ferry, el Alcalde ha tenido la obligación de elaborar una lista de los niños sometidos a la obligación escolar sobre el territorio de su comunidad; en la ley de 28 de marzo 1822 se confiaba al Alcalde una investigación sobre los niños educados en familia a la edad de 9, 10 y 12 años, la comprobación de las razones alega-

<sup>107</sup> Vid., todo sobre este tema, en I. M. Briones Martínez. La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa. En *RGDCyDEE*, 3 (2007), pp. 1-32.

<sup>108</sup> Así se establece en el artículo 1 sobre el derecho del niño a la instrucción, de la Circular 99-070 de 14 de mayo de 1999. Cfr. En *BOE*, de 20 de mayo de 1999.

<sup>109</sup> Version consolidée au 25 mai 2013. Cfr. En <http://www.legifrance.gouv.fr/> (consultado, 31/05/2013).

das por los responsables y, como hemos dicho antes, si el estado de salud y las condiciones de vida de la familia permiten ese tipo de instrucción en el seno de la misma.

El control o inspección se materializa en una verificación anual de la instrucción, es decir, una inspección pedagógica, que realiza el Inspector de la zona, mediante una visita al domicilio, en presencia o ausencia de los padres<sup>110</sup>. Este control anual, se puede llevar a cabo tres meses después de la declaración y en el que se verifica si se está asegurando una enseñanza conforme al derecho del niño a la instrucción.

En el nivel primario, el inspector procede al control por sí mismo, o designa a este fin a los inspectores de educación nacional que podrán ir acompañados de personal de servicios de salud o de servicios sociales o de psicólogos. En el nivel secundario, el inspector debe ser el Rector de la academia, quien designa por prioridad los miembros del cuerpo de inspección, así como el personal cualificado para asistirle como personal médico-social o consejeros de orientación psicológica.

El objeto del control se refiere a si está comprometido el desarrollo de la personalidad del niño y su socialización, pero también debe constatarse si se está alcanzando la adquisición de conocimientos fijados por el Decreto número 299-224 de 23 de marzo de 1999. Los artículos 2 y 3 de este Decreto establecen las asignaturas y conocimientos que se deben adquirir, que se corresponden con lo que se puede exigir en cualquier centro escolar europeo.

El artículo 4 de dicho Decreto, por el contrario, se refiere a la adquisición de ciertos conocimientos que podríamos identificar como valores necesarios para la salud social. El niño debe adquirir los principios, nociones y conocimientos que exige el ejercicio de la ciudadanía, en el respeto de los derechos de la persona humana definidos en el Preámbulo de la Constitución de la República Francesa, la Declaración universal de los derechos del hombre y la Convención internacional de los derechos del niño, lo que implica la formación de juicio para el ejercicio del espíritu crítico y la práctica de la argumentación.

Los resultados de dicha supervisión se deben transmitir a la familia. Aunque fuesen positivos, se advierte que el control no tiene por objeto únicamente el de validar el nivel escolar<sup>111</sup>. Además, un control favorable no dispensa en ningún caso de pasar el examen de admisión en la enseñanza secundaria pública, previsto por la sentencia de 12 de junio de 1953, en caso de inscripción en un establecimiento escolar público.

Si han sido desfavorables los resultados, el inspector debe conceder un tiempo no inferior a un mes para que la familia exponga las razones convenientes a su derecho, o mejore la situación. Al término de este periodo, se puede realizar un nuevo control, y si los resultados son insuficientes, los padres son instados a inscribir a su hijo en un establecimiento escolar público o privado, en los quince días siguientes a la notificación<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Vid., sobre la inspección, C. Cabo. El *homeschooling* en España. Descripción y análisis del fenómeno. Cfr. En <http://www.tdx.cat/>, pp. 29-31.

<sup>111</sup> Circular C. n. ° 99-070 de 14-5-1999. I. LE DISPOSITIF RELATIF À L'INSTRUCTION DANS LA FAMILLE. I. 5. Le contrôle de l'instruction dans la famille par l'inspecteur d'academie. I.5.4. Résultats du contrôle.

<sup>112</sup> Art. L 131-10. «Les enfants soumis à l'obligation scolaire qui reçoivent l'instruction dans leur famille, y compris dans le cadre d'une inscription dans un établissement d'enseignement à distance, sont dès la première année, et tous les deux ans, l'objet d'une enquête de la mairie compétente, uniquement aux fins d'établir quelles sont les raisons alléguées par les personnes responsables, et s'il leur est donné une instruction dans la mesure compatible avec leur état de santé et les conditions de vie de la famille. Le résultat de cette enquête est communiqué à l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation.

#### 4.2.2.6. Hungría

La Constitución húngara ha sido objeto de debate social e impacto mediático porque defiende también el matrimonio como fundamento de la familia, y siempre que sea heterosexual<sup>113</sup>, pero esta determinación constitucional nada tiene que ver con la religión porque Hungría estrechó sus lazos con Europa occidental, sólo cuando el comunismo comenzó a eclipsarse, y Rusia ya no ejercía el mismo poder.

En lo que respecta a la educación, el artículo XV de la norma suprema reconoce el derecho de los niños a la protección y cuidado necesario para su desarrollo físico, intelectual y moral, y el derecho de los padres a elegir el modo de criar a sus hijos, pero con la obligación legal de asegurar que sean educados.

Este derecho debe incluir el ejercicio de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, tal y como ampara la Constitución húngara y la ley de conciencia y religión, si bien a nivel constitucional hay una manifiesta separación con las religiones y las iglesias que las representan<sup>114</sup>.

Aunque su cultura social no esté embriagada de una religión que sobrevive a períodos comunistas como es el caso de Polonia, se aplica un criterio de igualdad en cuanto a la financiación de colegios religiosos. Hungría ha firmado algún acuerdo con la Santa Sede en materia de asistencia religiosa a los militares y de financiación, tras el restablecimiento de relaciones diplomáticas en 1990<sup>115</sup>, lo que suponía una esperanza en la creación de algún modelo de ER en la escuela pública.

En efecto, a finales del año 2011 comenzó el proceso de reforma educativa en Hungría, bajo el nuevo diseño legal algunos mantienen que se ha separado del sistema francés con el que guardaba grandes similitudes<sup>116</sup>. La nueva ley de educación pública representa los va-

Lorsque l'enquête n'a pas été effectuée, elle est diligentée par le représentant de l'Etat dans le département.

L'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation doit au moins une fois par an, à partir du troisième mois suivant la déclaration d'instruction par la famille, faire vérifier que l'enseignement assuré est conforme au droit de l'enfant à l'instruction tel que défini à l'article L. 131-1-1.

Ce contrôle prescrit par l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation a lieu notamment au domicile des parents de l'enfant. Il vérifie notamment que l'instruction dispensée au même domicile l'est pour les enfants d'une seule famille.

Ce contrôle est effectué sans délai en cas de défaut de déclaration d'instruction par la famille, sans préjudice de l'application des sanctions pénales.

Le contenu des connaissances requis des élèves est fixé par décret.

Les résultats de ce contrôle sont notifiés aux personnes responsables avec l'indication du délai dans lequel elles devront fournir leurs explications ou améliorer la situation et des sanctions dont elles seraient l'objet dans le cas contraire.

Si, au terme d'un nouveau délai fixé par l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation, les résultats du contrôle sont jugés insuffisants, les parents sont mis en demeure, dans les quinze jours suivant la notification, d'inscrire leur enfant dans un établissement d'enseignement public ou privé et de faire connaître au maire, qui en informe l'autorité de l'Etat compétente en matière d'éducation, l'école ou l'établissement qu'ils auront choisi « (Cfr. En <http://www.legifrance.gouv.fr/>).

<sup>113</sup> Basic Stipulations. M. Article. (1).

<sup>114</sup> Idem. (2).

<sup>115</sup> Recientemente reformados y puestos al día, incluso en materia de homologación de instituciones educativas eclesíásticas con los equivalentes en el Estado.

<sup>116</sup> Vid. En <http://hungarianspectrum.wordpress.com/2013/02/24/the-new-hungarian-education-system-the-model-was-france/> (05/06/2013).

lores en torno a los cuales se organizan las sociedades de la UE, y establece la posibilidad de la enseñanza optativa de la ER, incluso en las instituciones estatales y municipales.

La legislación húngara permite la educación en casa sin un estricto control, como si fueran clases particulares, pero deben examinarse dos veces al año. Un dato de interés sobre los *homeschoolers* húngaros es que en el año 2000 una iglesia presbiteriana reformada húngara decidió comenzar a practicar la educación en familia, es conocida como: *Westminster Biblical World Mission*<sup>117</sup>. Esta misión se está extendiendo a Rumanía, Ucrania y Eslovaquia.

#### 4.2.2.7. Italia

El derecho a la «educazione parentale (o familiare)» está amparado en la Constitución, cuyo artículo 30 establece el deber y el derecho de los padres a mantener, instruir y educar a los hijos.

En Italia se puede estar exento de la obligación de asistir a la escuela estatal<sup>118</sup>, a través de la «l'istruzione familiare»<sup>119</sup>, aunque está pensada fundamentalmente para alumnos discapacitados. En este supuesto, los menores tienen la obligación de aprobar el examen de idoneidad cada año para la admisión al curso siguiente.

Al inicio del curso, los padres que opten por la instrucción en familia deben dirigirse al Director de la escuela donde residan y presentar su declaración de renovación, así como documentación necesaria en la que se pruebe que poseen la capacidad tanto técnica como económica para sustentar a sus hijos<sup>120</sup>. El Director puede decidir sobre si tal declaración es razonable y responsable.

No parece haberse transformado la situación para los *homeschoolers* en Italia tras los cambios legislativos, ni con la ley marco del año 2000<sup>121</sup>, ni con la primera ley republicana de iniciativa popular para una buena escuela del año 2006<sup>122</sup>, ni la ley Gelmini de 2008 que modifica el método de evaluación en primaria y secundaria<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> Vid., información sobre la misión, en <http://wbwmission.org/> (05/06/2013)

<sup>118</sup> Art. 109 - Istruzione obbligatoria. 1. In attuazione dell'articolo 34 della Costituzione, l'istruzione inferiore è impartita nella scuola elementare e media. Essa ha la durata di almeno otto anni ed è obbligatoria e gratuita. 2. La scuola elementare ha la durata di anni cinque. 3. La scuola media ha la durata di anni tre (Decreto Legislativo 16 aprile 1994, n. 297).

<sup>119</sup> Art. 110 - Soggetti all'obbligo scolastico. 1. Sono soggetti all'obbligo scolastico i fanciulli dal sesto al quattordicesimo anno di età. 2. Agli alunni handicappati è consentito il completamento della scuola dell'obbligo anche fino al compimento del diciottesimo anno di età. 3. L'individuazione dell'alunno come persona handicappata va effettuata con le modalità di cui all'articolo 313 (Decreto Legislativo 16 aprile 1994, n. 297).

<sup>120</sup> Art. 111 - Modalità di adempimento dell'obbligo scolastico. 2. I genitori dell'obligato o chi ne fa le veci che intendano provvedere privatamente o direttamente all'istruzione dell'obligato devono dimostrare di averne la capacità tecnica od economica e darne comunicazione anno per anno alla competente autorità (Decreto Legislativo 16 aprile 1994, n. 297).

<sup>121</sup> Legge 10 febbraio 2000, n.30. Legge-quadro in materia di riordino dei cicli dell'istruzione. Gazzetta Ufficiale n. 44 del 23-02-2000.

Cfr. En [http://www.comune.jesi.an.it/MV/gazzette\\_ufficiali/2000/44/gazzetta44.htm](http://www.comune.jesi.an.it/MV/gazzette_ufficiali/2000/44/gazzetta44.htm)

<sup>122</sup> Legge n° 1600 della XV legislature, Ottobre 2006.

<sup>123</sup> Cfr. En [http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede\\_v3/Dditer/32500.htm](http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Dditer/32500.htm) (consultado, 05/06/2013)

#### 4.2.2.8. Polonia

El artículo 18 de la Constitución también reconoce únicamente el matrimonio heterosexual como fundante de una familia<sup>124</sup>.

En el ámbito de la educación es uno de los países con la edad más alta en la obligatoriedad de la escolarización, según reza en el artículo 70 de la Constitución. Todos los niños deben estar inscritos en la escuela, incluso aquellos que va a ser educados en casa, y tras ser autorizados por el Director de la escuela local, podrán instruir a sus hijos en el hogar.

En el sistema educativo polaco rigen diversos instrumentos legislativos con sus posteriores enmiendas: «The School Education Act of 7 September 1991»; «The Act of 8 January 1999 on the Implementation of the Education System of the Education System Reform «The Act of 26 January 1982 Teachers' Charter»; «The Act of 27 July 2005 «Law on Higher Education»; «The Act of 12 September 1990 on the Academic Title and Academic Degrees»; «The Act of 17 July 1998 on Loans and Credits for Students»<sup>125</sup>.

En el texto de estas leyes, a pesar de la influencia oriental y occidental en la cultura polaca, la educación y crianza de los hijos respeta el sistema valores cristianos y está basado en principios éticos universales. También influye el Concordato firmado entre la República polaca y la Santa Sede en 1993<sup>126</sup> que garantiza el derecho de libertad religiosa (art. 5) y, en términos muy parecidos al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales firmado entre el Estado español y la Santa Sede, que reconoce en el artículo 12 el derecho de los padres a la educación religiosa de los hijos, y bajo el principio de la tolerancia, el Estado deberá asegurar que las escuelas oferten la ER.

La normativa en materia de educación procura la implicación de los padres en la educación de sus hijos y ofrece varios tipos de escuelas. La educación pública es gratuita, y también existen las conocidas simplemente como «non-public schools», que suelen ser definidas como «civic (social), church or private schools». Se las denomina sociales o cívicas por el intenso trabajo que aportan los padres y profesores de las comunidades locales donde se encuentran localizadas.

Todas estas escuelas no públicas preparan su propio contenido curricular y son financiadas por los propios padres, sólo podrán recibir financiación de empresas privadas o de fundaciones. Este tipo de escuelas son también un caldo de cultivo para las *home schools*, con el modelo americano que conocemos.

#### 4.2.2.9. Reino Unido

La ley de educación de 2011 no menciona la educación en casa, siendo una reforma parcial de la ley de educación de 1996, se mantiene la educación de otra manera que no sea en la escuela: «otherwise than schools».

<sup>124</sup> «Marriage, being a union of a man and a woman, as well as the family, motherhood and parenthood, shall be placed under the protection and care of the Republic of Poland».

<sup>125</sup> Cfr. En [http://www.eurydice.org/pl/sites/eurydice.org/pl/files/the\\_system\\_2010.pdf](http://www.eurydice.org/pl/sites/eurydice.org/pl/files/the_system_2010.pdf) (consultado, 06/06/2013)

<sup>126</sup> Cfr. En *A.A.S.*, vol. *XC* (1998), n. 2, pp. 310-329.

En U.K. es obligatoria la escolarización desde los cinco años a los dieciséis. Sin embargo, en este país los padres pueden educar a sus hijos fuera de la interferencia o control de las autoridades en materia de educación. Gales disfruta de una situación similar. Sin embargo, Escocia tiene una regulación un poco más estricta.

«Home Education» es el término utilizado, en vez de «home schooling», ya que no se considera que la educación impartida en casa sea equivalente a la que se puede recibir en la escuela. Dicha expresión se introdujo en la literatura académica tras unas circulares de 1994 emitidas por el Departamento de Educación, ya que anteriormente se conocía como «education otherwise».

Este tipo de educación descansa en tres agentes: los padres, las Autoridades locales en materia de educación (Local education Authorities - LEAs) y, si es necesario, en los Tribunales. Veamos la normativa.

La ley de educación de 1996 ha sido sucesivamente reformada, en 2002, 2005, 2008<sup>127</sup> y en 2011, pero no ha afectado a la educación fuera de la escuela<sup>128</sup>, de hecho en el año 2007 se publicaron unas directrices para las autoridades locales con respecto a la educación en casa: «Elective Home Education. Guidelines for Local Authorities»<sup>129</sup>, sólo para incrementar el grado de responsabilidad en todas las partes implicadas.

«Elective home education» es el término utilizado por el «Department for Children, Schools and Families (DCSF)» para describir las decisiones de los padres que proporcionan educación a sus hijos en casa, en vez de en la escuela, y establece algunas directrices sobre la responsabilidad de los padres<sup>130</sup> y la actuación de un tutor provisto por la autoridad local que colaborará con la educación en el domicilio.

En este documento se expresan los motivos más frecuentes para realizar este tipo de elección educativa: 1. La distancia o dificultad de acceso a una escuela local; 2. Creencias religiosas o culturales; 3. Puntos de vista filosóficos o ideológicos; 4. Insatisfacción con el sistema; 5. Ser víctima de *bullying*; 6. Durante un corto período de tiempo por una razón específica; 7. Incapacidad del niño o falta de voluntad para ir a la escuela; 8. Necesidades especiales; 9. El deseo de los padres de tener una relación más estrecha con sus hijos.

Se exige que el niño reciba una educación «efficient and suitable», términos que no están descritos en la ley de educación, pero que la jurisprudencia ha explicado reiteradamente del siguiente modo: «primarily equips a child for life within the community of which he is a member, rather than the way of life in the country as a whole, as long as it does not foreclose the child's options in later years to adopt some other form of life if he wishes to do so». Este significado de los adjetivos se asemeja al derecho al libre desarrollo de la personalidad del niño, que se reconoce en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y en el Convenio de los derechos del niño de 1989.

<sup>127</sup> The Education and Skills Act 2008.

<sup>128</sup> «The parent of every child of compulsory school age shall cause him to receive efficient full-time education suitable to his age, ability an aptitude, and to any special educational needs he may have, either by regular attendance at school or otherwise». Section 7. (a) (b). «Education Act of 1996». Cfr. En <http://www.legislation.gov.uk/ukpga> (consultado, 12/06/2013)

<sup>129</sup> Cfr. En <http://www.education.gov.uk/schools/pupilsupport/parents/involvement/homeeducation/> (consultado, 06/06/2013)

<sup>130</sup> Incluidos lo que se conoce como «guardians and carers».

Debido a que la autoridad local no tiene la obligación legal de monitorizar la educación recibida en casa, sólo podrá comprobar si la educación es eficiente iniciando informalmente una situación de control, y antes de emitir una orden de escolarización obligatoria: «school attendance order», deberá dar todos los pasos razonables para resolver la situación. En el caso de tener que emitir dicha orden, los padres pueden presentar evidencia de proveer de una educación correcta a sus hijos, y si no se acepta, tendrán el derecho a recurrir judicialmente.

En la ley de educación de 2002 se autoriza a las autoridades a asegurar el bienestar de los niños, lo que implica la facultad de acceder a los hogares, o utilizar algún otro método para ver o comprobar este aspecto. Con el fin de conseguir los objetivos sin lesionar el derecho a la vida privada y familiar, se publicó una guía de conformidad con la sección 11 de la ley de los niños de 2004 (The Children Act 2004): «Statutory Guidance on Making Arrangements to Safeguard and Promote the Welfare of Children»<sup>131</sup>. Esta guía establece el procedimiento de contacto entre las autoridades locales, los padres y los niños, complementada con otros documentos sobre el tema en cuestión<sup>132</sup>, y de lo que se entiende por una «full-time education»<sup>133</sup>.

Con fecha de 22 de febrero de 2013, se publicaron unas recomendaciones sobre escolarización<sup>134</sup>, aconsejando que en el caso de utilizar la fórmula: «flexi-schooling», no se ponga que se trata de escolarización «B», ya que en este caso correspondería a las autoridades escolares hacerse responsables de la seguridad y del bienestar de los menores que están siendo educados prioritariamente en otro espacio físico distinto de la escuela, así que simplemente se debe poner que está ausente. Tratándose de niños educados en casa la responsabilidad recae directamente sobre los padres o en sus cuidadores, aunque sigan el método flexi-schooling.

Los casos de opción por la educación en casa, suelen producirse de dos modos. Primero, cuando un niño va a cumplir los cinco años, si sus progenitores prefieren que no asista a la escuela, no están obligados a hacerlo ni a comunicarlo, sin embargo, se considera apropiado hacerlo, siendo suficiente con ponerlo en conocimiento de las Autoridades mediante una carta.

Una segunda alternativa estaría en que el niño después de asistir a la escuela durante un determinado tiempo, pasa a ser educado en casa. En esta ocasión, se exige dejar de estar matriculado, antes de comenzar la «home education», previa petición al director del colegio, y éste lo transmitirá a las autoridades locales correspondientes.

Con respecto al contenido de la educación, no existe una rígida obligación de seguir las pautas del Curriculum nacional, éstas pueden no aplicarse o seguirse con algunas modificaciones, que serán especificadas por el Departamento de educación; se ha optado por este sistema, por resultar obvio que los padres que han adoptado esta modalidad de educación profesan una ideología muy particular, divergente a la estatal.

---

<sup>131</sup> Cfr. En <http://www.everychildmatters.gov.uk/resources-and-practice/IG00042/>

<sup>132</sup> Apoyándose en el documento: Working Together to Safeguard Children, 2006.

Cfr. En <http://www.everychildmatters.gov.uk/letelchildrenmissingeducation/>

<sup>133</sup> Statutory Guidance for Local Authorities in England to Identify Children not Receiving Education

Cfr. En <http://www.everychildmatters.gov.uk/letelchildrenmissingeducation/>.

<sup>134</sup> Cfr. En <http://www.education.gov.uk/about/fe/advice/f00221879/advice-on-school-attendance>

#### 4.2.2.10. Suecia

El Parlamento sueco aprobó una nueva Ley de Educación con fecha de 22 de junio de 2010<sup>135</sup> que deroga totalmente la anterior Ley de educación de 1985 que consentía la educación en casa si se presentaba una alternativa satisfactoria a la que se impartía en la escuela.

La ley prevé que se ejerza el derecho a recibir educación por medios distintos a la propia escuela, pero en condiciones muy restrictivas ya que deben concurrir circunstancias excepcionales entre las que podía estar el hecho de ser víctima de acoso escolar o tener necesidades especiales, y se deberá decidir caso por caso.

La única posibilidad sería la de crear una «Home school» y equiparla a lo que se denomina en la nueva ley como «equivalent types of schools», aunque no esté contemplado así literalmente.

En el capítulo 7 se contienen previsiones sobre la escolarización y el periodo que comprende, considerando prioritaria la educación en la escuela, pero también se regula el derecho a la educación recibida fuera de la escuela: «the right to education apart from compulsory school attendance».

Otro tipo especial de instrucción fuera del sistema educativo oficial, se incluye en el capítulo 24, así las escuelas internacionales, la educación para gente joven que requiere especial atención, y la educación de los niños que necesitan atención médica en un hospital.

En el capítulo 14 se regula otro sistema complementario al oficial conocido como: «Out-of-school centres», que no son tipos de escuelas separadas o independientes, sino centros previstos para complementar la educación recibida en todos los tipos de escuela donde la escolarización es obligatoria.

### 4.3. La inescindible unión entre escolarización y educación en España

Aunque España admite la educación fuera de las aulas en casos especiales, y cuenta con la vía autonómica catalana que se ha abierto en el artículo 55 de su ley de Educación, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, con fecha de 2 de diciembre de 2010<sup>136</sup>, repite los mismos razonamientos jurídicos que en Konrad ya comentados, pero adaptados a la legislación española. Debido a que el Profesor José María Martí tratará de este tema en el trabajo que publica en esta obra, sólo dedicaré unas breves líneas a esta materia.

Según Barbas Homen, la jurisprudencia constitucional tiene una función fundamental en la que se demuestra la importancia de la declaración de derechos contenida en una Constitución, incluidos los derechos educativos, porque los reconoce y los garantiza. De esta manera, se crea una especie de catálogo constitucional de derechos que impide el abuso y la interferencia estatal, convirtiéndose en obligaciones positivas para los gobiernos, reforzado por el catálogo internacional de derechos en materia educativa<sup>137</sup>. Sin embargo, el TC español ha interpretado los preceptos constitucionales vulnerando el contenido esencial de los mismos.

<sup>135</sup> Cfr. En <http://www.government.se/> (consultado, 7/07/2013)

<sup>136</sup> Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre. Cfr. En *BOE* núm. 4, de 5 de enero de 2011.

<sup>137</sup> Vid., estas ideas en A. P. Barbas Homem. *Constitutional Aspects of the legal status of pupils*. En *The legal status of pupils in Europe*, Vol. I (1996), Kluwer Law International, The Netherlands, pp. 139-157.

En España la escolarización los menores es un deber legal, de ahí que los *homeschoolers* incumplen una obligación imperativa legalmente. Así las cosas, el Fiscal General acusó de abandono de familia a unos progenitores de Coin-Málaga, por elegir la educación en casa como método de educación. Aunque en otros casos hubo una acusación penal, en este supuesto comienza la vía judicial con una demanda civil basada en el Art. 154 del Código Civil:

«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: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral».

Los padres invocaron el artículo 27 de la Constitución española que integra varios derechos: la libertad de enseñanza, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones, el derecho a la educación que es obligatoria y gratuita, y la libertad de abrir centros docentes.

En este supuesto no se justifica la elección de la educación en casa por razones religiosas, sino *en el fracaso escolar*<sup>138</sup>. Según el TC «la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce».

Ahora bien, el TC con el fin de sentar bases en esta cuestión afirma que también sería rechazada una petición por razones religiosas o morales, porque la escolarización es obligatoria y constituye una restricción razonable al libre ejercicio de la religión.

Los padres sólo pueden elegir entre la educación pública y privada, y si desean ofrecer educación moral o religiosa a sus hijos podrán hacerlo en el hogar, fuera del horario escolar, remitiéndose a este respecto a sentencias del TEDH, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca* de 7 de diciembre de 1976<sup>139</sup>; y *Efstratiou v. Grecia*, Sentencia de 18 de diciembre de 1996<sup>140</sup>.

La libertad de enseñanza se opone a cualquier monopolio educativo<sup>141</sup> al ser precisamente reflejo del pluralismo de la sociedad<sup>142</sup>, de ahí que alarme la aceptación de la socie-

---

<sup>138</sup> Valero considera que la aceptación de la educación en casa en algunos países europeos se debe a que esta opción no se toma por motivos religiosos como en Estados Unidos o Canadá. Vid., M. J. Valero. *Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de los hijos. En *RGDCyDEE*, n.º. 28, (2012), pp. 1-32.

<sup>139</sup> Cfr. En <http://www.westlaw.es>

<sup>140</sup> Cfr. En *idem*

<sup>141</sup> M.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 *RGDCyDEE*, n.º 14, mayo 2007, p. 5.

<sup>142</sup> 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*, vol. XXIV, 2008, p. 235.

dad del poder magisterial del poder político y legislativo<sup>143</sup>, y su pasividad ante el paternalismo estatal que habilita y legitima a los padres a hablar de religión con sus hijos los fines de semana, en esa concesión simple se queda la obligación de los poderes públicos de promocionar y remover todos los obstáculos para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (art. 9.2 CE), como el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones. En el fenómeno del *homeschooling*, el TC pone el énfasis en el incumplimiento de un deber, más que en el ejercicio de un derecho fundamental.

Afirma que, siendo conocedor de otros sistemas educativos europeos en los que se permite la instrucción en casa<sup>144</sup> con un *curriculum* equivalente al de la escuela pública, y con una evaluación anual, el principal objetivo de la instrucción básica no es sólo la adquisición de conocimiento sino *la experiencia hacia una sociedad plural*<sup>145</sup>, citando expresamente el caso *Konrad v. Alemania*.

## 5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Se ha diseñado una ley que intenta anular la posibilidad de optar por el *homeschooling*, no sólo por el deber de escolarización, sino por la introducción de algunos elementos que los *homeschoolers* suelen alegar para elegir este método alternativo.

- A los padres con movilidad se les otorga prioridad para el acceso al centro de sus hijos.
- Se afianza la atención individualizada.
- Se crean programas de mejora para los menores con dificultades en el estudio.
- Se crea un sistema de evaluaciones para elevar la calidad educativa.
- Se apuesta por la sensibilidad de los menores y el respeto a sus diversos talentos, con la atención individualizada y un currículo donde aparece la música, el diseño, todo lo que desarrolle la creatividad.

Ahora bien, resulta artificioso en una ley, la LOMCE, en cuya versión originaria aparecía la palabra familia sólo en tres ocasiones. Tras intensos debates se descubre una nueva función de la familia a través de la exposición de motivos, como actor social, parte de la sociedad civil a la que afecta a la educación, y se atisba un compromiso de cooperación entre la escuela y la familia, pero no se desarrolla en el articulado de modo apropiado y realista.

Asemejarse al modelo alemán puede tener de fondo un complejo entramado de intereses basado en el liderazgo de Alemania en la UE, y la situación de crisis económica en la que está inmersa España. Sin embargo, ceder en cuestiones que no responden estrictamente a medidas anticrisis está fuera de todo rango constitucional y democrático. Incluso Francia permite la práctica de la educación en familia, aun con su temor a la

<sup>143</sup> T. González Vila. Teófilo, Laicidad y laicismos aquí y ahora, ob.cit., p. 29.

<sup>144</sup> Vid., sobre la escuela en casa, en Francia y en el Reino Unido, I.M. Briones Martínez. ¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa? En *RGDCyDEE*, n.º 3, octubre de 2003, pp. 1-32.

<sup>145</sup> Vid., sobre la diversidad, A. Castro Jover. Interculturalidad, y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo. En *Interculturalidad y Derecho*, de VVAA. Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 23-57.

religión y a los grupos sectarios, en plena garantía de sus lemas revolucionarios de igualdad pero también de libertad, lo que exige el reconocimiento de supuestos específicos.

Cuando la educación en familia se basa en motivaciones religiosas, los Estados Unidos de América han resuelto esta opción educativa favorablemente, y apostando también por la libertad de conciencia en la educación pública. Se permite la objeción de conciencia a ciertas asignaturas y al material didáctico, lo que colabora a que se reduzca el número de familias cuya conciencia le obligue a sacar a sus hijos de la escuela. Se crea un marco de trabajo y esfuerzo en común entre la escuela y la familia. Lo mismo sucede en otros países como el Reino Unido plenamente consciente de que las medidas de inclusión de la diversidad hacen referencia a conseguir una mayor implicación de los padres en el progreso educativo de sus hijos, desde el momento en que la influencia de los padres es quizá el más potente factor de cara a modelar el adecuado bienestar de los niños, y que la importancia de la familia está incluso por encima de la propia calidad de la educación. Además, la actitud de la familia se convierte en la condición determinante para que los niños asistan a la escuela<sup>146</sup>.

El Tribunal Constitucional decidiendo sobre el *homeschooling*, y el Tribunal Supremo han hecho primar la *integración en una sociedad plural y el principio de igualdad* no sólo sobre la adquisición de conocimientos sino por encima del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones y a través de un sistema educativo de equivalentes o mejores resultados.

Si examinamos la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, comprobamos el interés en establecer unos valores comunes a pesar de la pluralidad, pero al mismo tiempo, el artículo 22 establece un mandato de respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, junto a otro mandato de no discriminación por razón de dicha diversidad; en otras palabras, la integración en una sociedad plural no equivale a crear una cultura común. Imponer un modelo estándar educativo de convivencia en la escuela contribuye a favorecer el entendimiento de la pluralidad, pero no protege las opciones minoritarias de las familias por razones de índole cultural, de ideología o de carácter religioso. Prevenir que sea lesionado el mejor interés del menor no consiste en eliminar opciones sino en regular con racionalidad dichas opciones para conseguir la calidad educativa de «diversos» modos.

El Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos olvidan que la familia es para la sociedad su motor más potente de socialización, y que el hogar es un espacio físico distinto a la escuela, pero la familia constituye un edificio mucho más sólido que el ambiente escolar. Además, el método conocido como educación en casa, también puede practicarse en variados ambientes —no sólo en el hogar—, de diversos modos y en diferentes tiempos, lo que permite formar a los menores con mayor autonomía y flexibilidad, proporcionando mayor capacidad crítica al mantenerse fuera del estándar establecido en el sistema educativo oficial. No se trataría de discriminación por no disfrutar de igualdad de oportunidades, sino de *trato específico*, sujeto a una evaluación pedagógica y psicológica diseñada convenientemente desde el Ministerio con la participación de los agentes implicados, entre los que las familias serían prioritarias como miembros de la sociedad civil y responsables legalmente de procurar el mejor interés de los menores.

---

<sup>146</sup> Vid., en este sentido, A. Torres Gutiérrez. Gestión de la diversidad en el Reino Unido. En *Interculturalidad y Derecho*, ob.cit., pp. 333-334.

# **LAS DIFICULTADES PARA EL ENCAJE DE LA EDUCACIÓN EN CASA EN EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL**

*Rafael Caballero Sánchez*

Profesor Titular de Derecho Administrativo. UCM.  
Subdirector General de Coordinación Académica y Régimen Jurídico.  
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

## **1. PRESENTACIÓN: LA PERMANENTE SITUACIÓN DE CONTROVERSIA DE LA EDUCACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

Por desgracia, es un hecho que estamos continuamente envueltos en procesos de reforma educativa, lo cual es señal de que estamos aún lejos de haber consensuado un modelo estructural básico en esta materia capital para cualquier sociedad que sea objeto de aceptación por la mayoría. Por el contrario, las cuestiones educativas son tradicionalmente fuente de polémica en nuestro país. Desde la aprobación de nuestra Constitución, con la que nos dotamos de un marco muy de referencia matizado y fruto de un complejo consenso, no han cesado de sucederse reformas y contrarreformas demasiado condicionadas por elementos ideológicos.

Es cierto, que al haber adoptado un marco constitucional abierto, también hay muchas opciones abiertas para el legislador ordinario a la hora de fijar el modelo educativo. Pero sería más que deseable sustraer del debate político algunas líneas maestras del modelo, para que no quedase a expensas de las mayorías parlamentarias, necesariamente cambiantes, deseosas de que el sistema educativo quede cristalizado según opciones —legítimas— de partido, lastradas por la cortedad de miras de quien no es sensible del desgaste y desencanto que producen en el sector educativo los vaivenes normativos, ni de la inevitable rotación de los gobernantes y gestores del sistema. Este modo de proceder supone una garantía de reforma de las medidas de mayor componente ideológico que no han sido suficientemente negociadas. España necesita un gran pacto educativo de las principales fuerzas políticas, que hoy por hoy se antoja imposible. El fenómeno del *homeschooling* no es ajeno a estas controversias que envuelven el mundo de la educación, como veremos a continuación.

## 2. LA SITUACIÓN LEGAL ACTUAL DEL *HOMESCHOOLING* EN ESPAÑA: EL RÉGIMEN DE ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA ESTABLECIDA EN LA LEGISLACIÓN EDUCATIVA

La situación de partida para analizar el marco de posibilidades de la educación en casa es insoslayable: las leyes educativas españolas han creado y mantenido hasta ahora una obligación positiva de escolarización de todos los menores durante un periodo de educación entre la infancia y la juventud (entre los 6 y los 16 años) que se entiende imprescindible e irrenunciable (art. 4 LOE). Situación que parece que se va a mantener en el futuro inmediato, de acuerdo con lo que recoge el anteproyecto de reforma que se está preparando como Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación (LOMCE)<sup>1</sup>. Se puede decir que de acuerdo con esa regulación el derecho a la educación tiene en realidad una naturaleza mixta de derecho-deber<sup>2</sup>.

En efecto, el art. 3. de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, dispone que «la educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica», añadiendo el art. 4.1 que esa enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todas las personas. El apartado segundo del precepto especifica con más detalle que «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».

La existencia de un periodo de enseñanza básica con esas dos notas fundamentales de obligatoriedad y gratuidad deviene directamente de la Constitución española y, en esa medida, es indisponible para el legislador ordinario. Pero éste ha querido además especificar (art. 4.2 LOE), que la enseñanza básica consiste en la escolaridad necesaria del alumnado entre determinadas edades, como mejor opción posible para garantizar esa formación básica de todas las personas.

La escolarización obligatoria es una constante en la época reciente de nuestro sistema educativo. Lo único que ha cambiado en los últimos cuarenta años es la extensión de ese periodo de enseñanza básica, en función de la capacidad del Estado para sostener un sistema que consume tantos recursos públicos. La misma Ley General de Educación de 1970 contemplaba en su art. 2.1 que todos los españoles (hoy ya no existe esa apelación a la nacionalidad) tienen el derecho a recibir una educación general y una formación profesional. Y el Estado tiene paralelamente el deber de proporcionarlas, las cuales tienen como fin capacitar a los españoles «para el desempeño de una tarea útil para la sociedad y para sí mismos». En consonancia con esta proclamación, el art. 2.2 especifi-

---

<sup>1</sup> La LOMCE no comportará la aprobación de un nuevo texto legislativo completo, sino que constituye una reforma parcial, aunque en profundidad, de la hoy vigente Ley Orgánica de Educación. En este sentido, las distintas versiones del anteproyecto que se han sucedido no alteran lo prescrito en el art. 4 LOE sobre la enseñanza básica y obligatoria.

<sup>2</sup> Algunos derechos fundamentales tienen esa doble vertiente, que apodera por un lado al sujeto titular del mismo, pero que a la vez grava a la persona con deberes asociados a ese derecho. Así ocurre de manera evidente con el derecho-deber de defender a España (art. 30.1 CE), o incluso con el que podemos calificar como derecho-deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), aunque esa calificación se pueda tildar de eufemística.

caba que la Educación General Básica (la célebre EGB) era obligatoria y gratuita para todos los españoles, concretando a su vez que ese periodo se componía de 8 años, desde los 6 hasta los 13 años. Por tanto, ya tenemos presente desde ese momento la dimensión prestacional del derecho a la educación, así como la afirmación de que la enseñanza básica se imparte mediante un periodo de escolarización de los educandos en centros docentes.

Ya en el periodo democrático, son de destacar la LODE, la LOGSE y la LOCE como textos legislativos fundamentales en materia de educación, antes de llegar a la regulación vigente a la que ya se ha aludido. La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, pretende ser un desarrollo básico del derecho fundamental proclamado en la Constitución. En él no se detalla la regulación del derecho-deber de escolarización, aunque éste resulta coherente con lo dispuesto en el texto. Quizás lo más relevante sea destacar su art. 1, en el que, en línea continuista con la Ley general de educación de 1970, se proclama que «todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado», así como en los demás niveles que la ley establezca.

La escolaridad obligatoria sí viene establecida con toda claridad en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo. Allí el art. 5 recoge la afirmación constitucional de que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, especificando que ésta se compone de dos periodos (la educación primaria y la educación secundaria obligatoria), que comprenden «10 años de escolaridad, iniciándose a los 6 años de edad y extendiéndose hasta los 16». Es decir, se reafirma la opción del legislador por la escolarización obligatoria del alumnado durante un periodo de tiempo que se amplía de 8 a 10 años de duración.

Ahora bien, interesa destacar que a la vez el legislador es consciente de que esa obligación no puede ser cumplida en el 100% de los casos, razón por la cual el art. 3.6 LOGSE incorpora una previsión de bastante interés para el tema que estamos analizando: «Para garantizar el derecho a la educación de quienes no puedan asistir de modo regular a un centro docente, se desarrollará una oferta adecuada de educación a distancia». Existe por tanto una obligación de escolarización, pero a la vez el legislador admite que en algunos casos esa escolarización no podrá ser presencial, y tendrá que ser suplida mediante el recurso a las nuevas tecnologías<sup>3</sup>. Es cierto que esta previsión se introduce para los casos de imposibilidad física de acudir a un centro docente (niños en situación de itinerancia o de lejanía geográfica, por trabajar en circos o como músicos, o por desarrollar carreras deportivas de élite), pero al menos abre una puerta prometedora para la conciliación de los intereses de padres o tutores que quieran educar a sus hijos en casa sin que éstos queden al margen del sistema general de formación que se imparte en las escuelas.

---

<sup>3</sup> A estos efectos, en el ámbito estatal actúa el Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia (CIDEAD), dependiente de la Subdirección General de Aprendizaje a lo Largo de Toda la Vida del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que proporciona una plataforma para el acceso al currículo oficial de las enseñanzas obligatorias (así como bachillerato y enseñanza de idiomas) a adultos y a menores con necesidades especiales. Su red de centros tiene una cobertura mundial.

Finalmente, la malparada Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación<sup>4</sup>, estableció en sentido claramente continuista con las normas precedentes que hay una enseñanza básica, obligatoria y gratuita, compuesta de la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria, que «incluye diez años de escolaridad. Se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis» (art. 9 LOCE).

Sin embargo, toda esta regulación no debe llevar a identificar educación con escolarización. De hecho, está claro que el principal agente educador de las personas es la familia y que son los padres los primeros responsables de la educación de sus hijos y a quienes compete tomar las decisiones que afectan a los hijos menores que están bajo su custodia. La escuela en este sentido es un instrumento de apoyo para las familias, pero no es la fuente originaria de la educación de las personas. Lo que ocurre es que el legislador considera que la escuela es un instrumento imprescindible en una sociedad compleja como la actual para alcanzar un grado satisfactorio de instrucción de las personas. De hecho, se considera un logro la reciente consecución de la escolarización universal de la población durante el periodo de educación básica.

### 3. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA EDUCACIÓN EN CASA

Esa ordenación legal de la escolarización obligatoria durante el periodo de la educación básica ha sido cuestionada en alguna ocasión ante el Tribunal Constitucional. De manera sintética, la posición del máximo intérprete de nuestra Constitución, especialmente plasmada en la STC 133/2010, de 2 de diciembre<sup>5</sup>, puede resumirse en dos tipos de afirmaciones:

Nuestro ordenamiento no admite en la actualidad el *homeschooling* como opción educativa posible para las familias debido al establecimiento de un deber positivo de

---

<sup>4</sup> La entrada en vigor de la regulación sustancial de la LOCE fue suspendida debido a un cambio de gobierno (el presidente del Gobierno anunció esa medida en su mismo discurso de investidura), hecho que es claramente expresivo de esa volubilidad e ideologización de la educación a la que nos referíamos al comienzo. La cuestión no estuvo exenta de polémica. En consecuencia, en cuanto se constituyeron las Cortes de la nueva legislatura 2004-2008 el Pleno del Congreso de los Diputados aprobó, por mayoría, una proposición no de ley del PSOE, apoyando la decisión del Gobierno de paralizar la aplicación de la LOCE. Esa medida se hizo efectiva mediante el Real Decreto 1318/2004, de 28 de mayo, por el que se modificó el Real Decreto 827/2003, del 27 de junio, por el que se establecía el calendario de implantación de la LOCE, introduciendo una moratoria de dos cursos académicos, cuyo objeto fue dar tiempo para tramitar y aprobar la nueva y vigente Ley Orgánica de Educación, con su un nuevo calendario de aplicación (contenido en el Real Decreto 806/2006, de 30 de junio).

<sup>5</sup> La sentencia tiene su origen en el recurso de amparo interpuesto por unos padres, tras agotar la vía judicial previa, frente a la decisión de un Juzgado de Primera Instancia de la provincia de Málaga de acordar, a instancias del fiscal, la escolarización inmediata de los hijos menores de edad de los demandantes de amparo, en cuanto obligación directamente derivada de la patria potestad que correspondía a los mismos (art. 154 CCv). El Tribunal Constitucional denegó el amparo por entender, por un lado, que ninguna libertad constitucional da cobertura a una pretendida facultad de los padres a elegir una educación al margen del sistema de escolarización obligatoria en centros homologados alegando motivos de orden pedagógico. Por otro lado, el Tribunal deja claro que la decisión del legislador de imponer positivamente ese deber de escolarización «es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde». El derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, así como su libertad de enseñanza no habrían sido objeto, por tanto, de una restricción inconstitucional por el hecho de establecerse un deber positivo de escolarización.

escolarización en centros homologados. La educación en casa, por tanto, no puede tener acomodo apelando a una presunta laguna legal del sistema, sino que se encuentra en una situación de prohibición derivada de una obligación legal expresa. Y esa postura tiene no sólo respaldo legal, sino también constitucional. Está claro que los primeros educadores son los padres, y que ellos tienen el derecho a elegir la educación que esté de acuerdo con sus convicciones morales, religiosas e incluso pedagógicas<sup>6</sup>. Pero esa prioridad no es incompatible con el establecimiento de un modelo de enseñanzas regladas que se deban recibir en centros docentes oficiales.

A la vez puede afirmarse que una reforma legal adecuada podría dar acogida al *homeschooling* (como afirma el esperanzador FJ 9 de la STC), que tendría también cobertura constitucional, dado que la escolarización obligatoria no ha sido establecida directamente por la Constitución. La escuela no es necesariamente el único medio, exclusivo y excluyente, para educar a las personas. Lo difícil es perfilar cuáles deben ser esas directrices concretas que darían encaje al *homeschooling* en nuestro sistema. En este punto el Tribunal Constitucional suspende el juicio y, con buena lógica, elude asumir el papel de legislador positivo).

En definitiva, se confirma lo que más arriba planteábamos. La Constitución no cierra el modelo educativo a aplicar en nuestro sistema, de manera que dentro de sus márgenes hay un amplio margen configurador a favor del legislador ordinario. Dentro de ese margen, sería teóricamente admisible la posibilidad del *homeschooling* o educación en el hogar, aunque hoy por hoy el desarrollo legislativo adoptado haya cerrado ese camino<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> En este punto existen ciertas divergencias y matices de relevancia entre las distintas declaraciones de derechos. Así, mientras el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», el art. 27.3 de la Constitución española restringe el derecho de los padres a elegir «la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Por su parte, el art. 2 del Protocolo Adicional número uno del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «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». En sentido más ampliatorio, el art. 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». Estas divergencias producen en nuestro sistema cierto efecto *acumulativo*. Como es bien sabido, estos convenios y acuerdos internacionales ratificados por España quedan *constitucionalizados* en nuestro sistema a través de la cláusula del art. 10.2 CE, que los convierte en pauta interpretativa oficial de los derechos consagrados en la propia Carta Magna.

<sup>7</sup> Algunos años antes de la capital STC 133/2010, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional ya se había tenido que enfrentar con el fenómeno del *homeschooling*, aunque no se pronunció de la manera directa sobre la constitucionalidad del mismo. Esa vez (STC 260/1994, de 3 de octubre) el conflicto surgió en Cataluña, donde la Generalitat procedió a declarar a un grupo de menores, cuyos padres pertenecían a una secta, en situación de desamparo, para así asumir la tutela de los mismos. Uno de los argumentos esgrimidos por la Administración autonómica para asumir la tutela legal de los menores fue precisamente la situación de no escolarización de los menores, que pretendió ser contrarrestado por los padres al asegurar que la formación de los mismos al margen del sistema de enseñanza oficial estaba garantizada por un sistema educativo propio, realizado en casa. En este caso el Tribunal concedió el amparo a los padres (hay un voto particular en contra del magistrado Gimeno Sendra) por entender que la no escolarización no suponía legitimación suficiente para justificar la asunción de la tutela por la Generalitat. De todas formas, el Tribunal Constitucional deja claro que no por ello viene a admitir la educación en casa como opción de los padres, ya que «con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalitat sus facultades en orden al aseguramiento de la debida esco-

#### 4. EL ORIGEN DE LAS DIFICULTADES PARA EL ENCAJE DEL HOMESCHOOLING EN NUESTRO SISTEMA EDUCATIVO

Esta visión posibilista o al menos ese resquicio esperanzador con el que el Tribunal Constitucional cierra su principal sentencia en la materia respecto a la legitimidad del modelo de educación en casa nos lleva a abordar dos cuestiones: cuál es el origen de las reticencias en nuestro sistema educativo a la admisión efectiva del *homeschooling* como opción legítima de las familias, valorando la entidad real de las mismas, a efectos de su superación, así como la indicación concreta de cuáles serían los rasgos regulatorios que permitirían acogerlo en nuestro ordenamiento mediante una posible reforma normativa.

En cuanto a lo primero, creo que deben mencionarse, por un lado, los prejuicios propios de un Estado regulador y reglamentador como el que tenemos<sup>8</sup> y, por otro, las dificultades de integración social que pueden comportar para un menor su desarrollo al margen de la interacción con otros menores en una escuela. Los primeros deben ceder sin duda ante la prevalencia del principio general de libertad y de los derechos que corresponden a los padres respecto a la educación de sus hijos, mientras que los segundos deben ser analizados con más detenimiento.

En efecto, el poder público tiende a colocar bajo sospecha todo aquello que no controla, y que entiende funciona al margen del sistema. Por eso es tan distinta la situación en los países anglosajones respecto a España en cuanto a la admisibilidad de la educación en casa, ya que en ellos el punto de partida es el contrario, es decir, el rechazo a la intervención del poder público en la economía y en la sociedad como punto de partida, debiéndose justificar por el contrario, para cada caso, la cobertura de las medidas ordenadoras que adopta la Administración<sup>9</sup>.

Lógicamente, esta postura debe desbloquearse mediante la invocación de un sistema de derechos de la persona que tienen prioridad sobre los prejuicios controladores del poder. La libertad, sobre todo cuando se trata de derechos tan neurálgicos como la educación, que están tan conectados con el libre desarrollo de la personalidad, que es

---

larización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados». En otras palabras, se concede el amparo sin perjuicio de reconocer el carácter obligatorio de la escolarización de los menores.

<sup>8</sup> El *Estado regulador* es una expresión que ha cuajado con fuerza en los últimos años en nuestro Derecho público, aunque hace ya mucho tiempo que Spina lo identificase en su obra *Lo Stato regolatore* (1929). En realidad tal concepto hace referencia a un fenómeno distinto, y en realidad más bien opuesto a lo que queremos reflejar aquí. El Estado regulador evoca precisamente el nuevo perfil del poder público como consecuencia de los movimientos liberalizadores que se han impuesto en los sistemas económicos desarrollados (tanto a nivel mundial como a nivel Europeo en virtud del Derecho comunitario), que reclaman que el poder público no sea un agente directo o interventor (el Estado prestador de bienes y servicios), sino mero agente regulador que garantice el cumplimiento de las reglas de libre competencia en el mercado y que asegure unos mínimos sociales mediante estándares de calidad y garantía en la prestación de servicios (Estado regulador). Es decir, se trata de un Estado que se retira de la arena del mercado, reduciendo el potente sector público empresarial propio de los países desarrollados europeos, y que confía en el mercado para la eficiente asignación de los recursos. Sin embargo, a pesar de toda esa aureola de liberalización, es un hecho que el poder público sigue controlando, aunque sea mediante su nuevo perfil regulador, el devenir de la economía.

<sup>9</sup> Buena parte de los países que admiten la educación en casa como opción legítima son anglosajones. Es el caso, sobre todo, de Estados Unidos, pero también de Canadá, Australia, Reino Unido o Irlanda. Aunque no son los únicos. También hay países del continente europeo que, con algunas limitaciones, permiten la opción por el *homeschooling* como Austria, Finlandia, Francia, Dinamarca o Bélgica.

uno de los fundamentos de todo el orden político y del sistema del que nos hemos dotado (art. 10.1 CE), debe prevalecer sobre la organización del poder y sus aspiraciones de ordenar el devenir social.

En este punto resulta muy revelador el análisis constitucional del concreto papel que corresponde al Estado en materia de educación. El prolijo art. 27 CE no erige en absoluto al Estado en el protagonista del sistema, sino que identifica una red de interrelaciones de derechos y libertades fundamentales de los padres, de los educandos, de los profesores y de las personas o instituciones que quieren impulsar iniciativas educativas (por eso se puede afirmar que el derecho a la educación tiene carácter pluridimensional), en el que el Estado ejerce funciones vicarias y subordinadas. La Constitución está lejos de consagrar la educación como un servicio público, en el sentido de parcela-actividad reservada para los poderes públicos, que estos podrán prestar de manera directa (a través de centros públicos) o de manera indirecta (a través de acuerdos con centros privados, que por tanto sólo son legítimos previa *invitación* o autorización administrativa). Por el contrario, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza son el vértice indiscutible del art. 27 CE, configurándose el poder público como el garante de los mismos y no como el agente instructor.

De manera sintética se puede decir que el Estado tiene una triple función en el sistema educativo: de regulación, de financiación y de garantía. La Constitución española consagra en el artículo 27 el derecho a la educación como derecho fundamental acreedor de la máxima protección en nuestro Estado de Derecho. En ese extenso precepto hay hasta cuatro apartados que se refieren a las funciones que el constituyente encomienda a los poderes públicos en relación con este derecho pluridimensional. En ellos, junto al papel inspector y homologador (art. 27.8), se asignan a las Administraciones educativas tareas de fomento (ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos legales: art. 27.9) y de garantía (por supuesto, del propio derecho de todas las personas a la educación —art. 27.5—, pero también del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos —art. 27.3—)<sup>10</sup>. Cabe destacar en esa lectura que no se erige al poder público en educador o docente, sino en garante de que esa educación llegue a todos. Naturalmente, tal misión exigirá la puesta en marcha de múltiples iniciativas educativas públicas: la red de centros públicos. Y en esa medida se puede hablar de servicio público, en cuanto que esta red pública presta un servicio a la comunidad, pero no con carácter de exclusividad o monopolio, que es lo que caracteriza al servicio público *strictu sensu*.

Sin embargo, mayor entidad tienen a mi juicio una serie de objeciones hacia la educación en casa derivadas de su compatibilidad con los fines de la educación, y específicamente a los objetivos de la escolarización obligatoria. Estos los podemos centrar en dos: la instrucción de las personas y el libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, es cierto que la formación e instrucción pueden ser suplidas (aunque no sea sencillo ni mucho menos) en el hogar por parte de familias con capacidad y dedicación. Corres-

---

<sup>10</sup> Los verbos que caracterizan la acción del Estado son sin duda elocuentes por sí mismos. Según la Constitución, los poderes públicos *garantizarán* el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos; *garantizarán* el derecho de todos a la educación (mediante la adecuada programación general de la enseñanza, eso sí); *inspeccionarán* y *homologarán* el sistema educativo; y *ayudarán* a los centros docentes. El perfil de la acción de la Administración educativa es claramente de garantía y apoyo.

ponde a los poderes públicos la programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE), que debe garantizar unos contenidos y unos niveles adecuados para cada fase de desarrollo de los menores. Si esa instrucción se puede transmitir al margen del sistema de escolarización, no debería haber inconveniente para respetar esa decisión de los padres. Eso sí, el sistema debe habilitar mecanismos de aseguramiento de que se alcanzan esos objetivos, mediante las correspondientes pruebas externas de nivel. En este sentido, la LOMCE antes citada (presentada como proyecto de ley a las Cortes Generales en el verano de 2013), tiene como una de sus novedades relevantes la introducción de una prueba general de nivel al término de cada periodo de escolarización (primaria, secundaria y bachillerato) como evaluaciones externas y homologables a nivel internacional, con carácter formativo y de diagnóstico, al modo de otros muchos países de la OCDE<sup>11</sup>. Los menores educados en sus casas deberían someterse a estas pruebas generales como medio de prueba de la asimilación de contenidos educativos básicos.

El otro fin de la educación es facilitar el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, lo cual tiene necesariamente una componente social o de integración, conectada con la naturaleza social del hombre. Este derecho al desarrollo personal aparece en el art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y desde allí ha encontrado acogida en multitud de textos constitucionales y declaraciones de derechos, como el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 1966. En España hay que destacar el art. 10.1 CE, donde el libre desarrollo de la personalidad se califica nada menos como el fundamento del orden político y la paz social, y el art. 27.2 CE, donde se identifica de manera específica como el objeto de la educación, junto al respecto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales. La cuestión es que el desarrollo libre de la persona no se puede reducir a una dimensión individual de ejercicio de la libertad también personal. El hombre vive en sociedad, y la educación debe capacitar al individuo para desenvolverse en una sociedad plural, con libertad y con respeto hacia los demás, que son también portadores de derechos. En mi opinión, el privar a los chicos y chicas de la interacción con otras personas de su edad en un centro escolar puede dificultar esa integración de la persona en su entorno. Y ahí entiendo que está la dificultad fundamental a la que se enfrenta el *homeschooling*: en la limitación que la educación en casa puede suponer para el ejercicio de otros derechos y libertades de las personas.

Desde luego, la escolarización no es garantía necesaria de por sí para la integración social de los menores, y no cabe duda de que en ocasiones el aula puede ser de hecho ocasión de conflictos personales y traumas que pesen sobre una persona. No hay sistemas perfectos, pero por regla general la escuela produce efectos beneficiosos para la generalidad del alumnado y es un entorno controlado y positivo de inserción social, que permite el desarrollo y la maduración de la persona.

Por el contrario, la educación en casa no tiene por qué ser necesariamente encapsuladora o aislante de la persona respecto a su entorno social. Pero desde luego no parece que lo facilite de partida. Pienso que en este punto deben resultar decisivos los estudios

---

<sup>11</sup> Véase el Apartado VIII de la Exposición de Motivos y los arts. 21, 29 y 36 bis de la versión del Proyecto de Ley presentado a las Cortes Generales, que se puede consultar en la dirección <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/lomcel20130517-aprobacion-proyecto-de-ley.html> (consultado el 29 de septiembre de 2013).

y análisis de la realidad de las cosas en cuanto a los resultados de aprendizaje, pero también de los efectos sobre la adaptación social e integración de las personas no educadas en la escuela. Sin duda, uno de los peligros de este modelo educativo al margen del régimen de escolarización normal es que favorece la formación de guetos sociales, o el mantenimiento de los mismos.

De hecho, mala tarjeta de visita es que con frecuencia los conflictos jurídicos y sociales suscitados con ocasión de la defensa del *homeschooling* estén asociados a supuestos de sectas y grupos cerrados a la interacción social<sup>12</sup>. Aunque no se debe estigmatizar a todos los *homeschoolers*, no tiene sentido legislar para los *outsiders* del sistema. Por tanto, el legislador tiene que actuar con prudencia y avalado por análisis solventes antes de abrir una puerta que luego cuesta cerrar.

## 5. ALGUNAS PAUTAS PARA LA RECEPCIÓN DEL *HOMESCHOOLING* EN NUESTRO ORDENAMIENTO

En caso de que el legislador español entendiese superadas esas dificultades de fondo sobre el modelo de educación en casa y se decidiese a dar cobertura normativa a esta opción educativa como alternativa a la escolarización obligatoria, cabría aventurar algunas pautas básicas de esa ordenación, que deberían asegurar el encaje constitucional de esa opción educativa. No es cuestión sencilla, pero a la luz de los argumentos expuestos *supra* parece que deben establecerse unas directrices mínimas de flexibilidad y sensatez, que en mi opinión pueden ser las siguientes:

Primero, el *homeschooling* debería insertarse como un régimen educativo excepcional y no general. Es decir, la opción por la no escolarización debe moverse más bien en el terreno de la objeción de conciencia, como alternativa o excepción al sistema general, que debe ser el de la educación formal en la escuela. Aunque sólo sea desde la presunción (*iuris tantum*) de la falta efectiva de capacidad y medios de las familias en la actualidad para proporcionar una adecuada educación en cuanto a contenidos y competencias. Pero también por prevención, para que la opción por el *homeschooling* no sea la puerta falsa por la que grupos religiosos radicales o antisistema puedan disponer de un mecanismo de adoctrinamiento a menores en un entorno aislado de la sociedad civil. Por ello, las familias deberían solicitarlo de manera justificada ante la Administración educativa correspondiente, vinculando su elección a la inexistencia objetiva de centros docentes en su entorno que atiendan satisfactoriamente el modelo de educación que quieran dar a sus hijos, pero no por el rechazo a las reglas básicas, derechos y libertades del Estado social y democrático de derecho en el que vivimos.

Segundo, la opción por el *homeschooling* debe garantizar la adquisición de conocimientos y competencias de los estudiantes mediante la realización de pruebas externas y

---

<sup>12</sup> Ya se citó más arriba la STC 260/1994, de 3 de octubre, conocida como el caso de *los niños de Dios*. Y tal como ha recordado el profesor Navarro-Valls el Tribunal Supremo de EEUU avaló por primera vez la opción por el *homeschooling* en el caso *Wisconsin versus Yoder*, originado por un conflicto de ese Estado con la comunidad religiosa Amish, ya que la ley de Wisconsin exigía la escolarización hasta los 16 años, mientras que los Amish rehusaban mandar a sus chicos a la escuela partir de los 14-15 años, por ser la edad en la que empieza la pubertad. En Europa es de destacar la sentencia *Konrad contra Alemania*, de 11 de octubre de 2006, sobre oposición de los padres, por razones religiosas, a que sus hijos se escolaricen, que fue desestimatoria para la reclamación de aquéllos.

objetivas a someter a quienes se eduquen en casa. En este sentido, tal como ya se ha apuntado, el nuevo modelo de pruebas generales de primaria, secundaria y bachillerato que introduce la LOMCE favorecerían esa articulación. Pero las pruebas de nivel no deberían ser el único elemento de examen y contraste. Debe haber un sistema de supervisión riguroso, ya que el Estado es responsable de garantizar la educación básica para todos y no puede desentenderse de quienes sean educados en casa. En este sentido, al igual que la inspección educativa realiza el seguimiento del funcionamiento de los centros docentes, también se debería poder comprobar la dedicación efectiva de las familias registradas en régimen de *homeschooling*, evitando situaciones de abandono, que son muy complicadas de rectificar sólo a partir de las pruebas de evaluación. Por tanto, la eventual regulación que se haga debe contemplar mecanismos de pasarela entre el régimen de educación en casa y el de escolarización (cuestión complicada al ser dos sistemas tan diferenciados), tanto voluntarios, como obligatorios en caso de mal funcionamiento de la opción educativa excepcional.

Tercero, y creo que es lo más complicado, deberían diseñarse medidas de garantía de inserción e interrelación social de las personas, que eviten la formación de guetos o reductos no permeables a la vida social. Esta cuestión debe relacionarse con los resultados de los análisis y estudios solventes a los que antes se aludía. Sin duda, un primer filtro se sitúa en el régimen de admisión o aceptación de la opción de unos padres o tutores por la educación personal de los hijos.

Al final parece razonable concluir con un planteamiento posibilista. ¿Cuándo llegará el *homeschooling* a España? Sencillamente, cuando haya suficiente respaldo social que lo sustente y lo reclame. En este sentido, es un dato relevante el hecho de que varios cientos de familias en España hayan apostado por esta opción, desafiando las prescripciones vigentes en nuestro ordenamiento<sup>13</sup>. Se me ocurre que el actual sistema de crisis económica sostenida puede ser favorecedora de modelos educativos alternativos, que pueden llevar a invertir en la educación en casa, sobre todo cuando las opciones de educación gratuita no sean satisfactorias. Sin duda, eventos de carácter académico como el tercer Congreso en materia de *Homeschooling* que se ha celebrado en 2012 en la Universidad Complutense, en la medida en que permiten la reflexión rigurosa sobre este fenómeno, son fuente de avance. Para empezar, puedo decir que a mí me han hecho reflexionar y plantearme unas posibilidades que antes no contemplaba. Les felicito por ello y les deseo el mayor de los éxitos en este encuentro.

---

<sup>13</sup> La globalización y las nuevas tecnologías así lo permiten técnicamente, aunque no deje de tratarse de un fraude de ley. La vía es la inscripción de los hijos en sistemas educativos que sí admiten la opción del *homeschooling*, aunque el lugar de residencia de la familia no se encuentre en ese territorio, sino en España. La dificultad es que, a todos los efectos, esos niños pertenecen a un sistema educativo diferente, con sus consecuencias en cuanto al acceso a niveles de estudios ulteriores o no obligatorios.

## EDUCACIÓN EN CASA Y CRISIS DEL ESTADO DEL BIENESTAR

*Ángel López-Sidro López*

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad de Jaén

Es curiosa la evolución de la cultura occidental: cómo se ha pasado de un inveterado desinterés casi absoluto del Estado en materia educativa a, en poco más de dos siglos, una voraz preocupación pública por la educación, que al tiempo que subraya la importancia de ésta, la reclama para sí, como casi único legítimo administrador de la misma.

Parece que por educación hoy se entienda únicamente ese proceso desarrollado en un centro *ad hoc*. ¿No existió educación en la historia humana, durante esa mayor parte del tiempo en que el acceso a estudios reglados era propio de elites o afortunados elegidos por sus raras dotes? Siempre ha habido educación, porque la maduración personal del ser humano la exige —a diferencia de los animales que se bastan con el instinto— para llevar adelante su vida, o proyectarla, para ser más personalmente precisos. Por lo general, han sido los padres, la familia o la comunidad donde se inserta el individuo, los artífices de esa educación.

Aquellos más interesados en trasmitirle lo necesario y lo mejor de sí mismos, para responder a sus propias necesidades y ayudar en su particular perfección, que a la vez redundaría en el bien de todos. En este sentido, «[l]a educación es una preparación para la vida, no un preámbulo para el mercado laboral»<sup>1</sup>.

Otra cosa sería la instrucción, la alfabetización, el estudio de disciplinas humanísticas o científicas. Todo ello es importante pero, insisto, durante la mayor parte de la historia no resultó vital, no se ceñía a ello la educación. Y aquí está la clave, desde mi punto de vista: se ha invertido la situación de tal modo que el concepto se ha reformulado y limitado, no para dar cabida a la instrucción o los estudios reglados en lo que se entienda por educación, sino para reducir a ellos lo que se considere propiamente educativo.

No habría educación por tanto, sin el paso por un centro escolar, sin el cumplimiento de un itinerario académico, sin la obtención de un título. Y esto no es cierto, porque la educación no es sólo aquello, y conocemos hoy personas mayores que con escasos estudios están mejor formadas para la vida e incluso manejan una cultura más amplia que nuestros jóvenes universitarios. Pero, pese a la falsedad de aquella aseveración, se ha ido haciendo cierta por una serie de circunstancias que luego mencionaré.

---

<sup>1</sup> I. Sánchez Cámara. *De la rebelión a la degradación de las masas. Textos escogidos*. Barcelona, 2003, p. 134.

Volviendo al origen, para Julián Marías, la familia constituye un núcleo decisivo en la constitución —descubrimiento y progresiva posesión— del carácter personal del niño, y por ello se plantea en qué medida la llegada a la escuela influye en esta configuración, dado que «[l]a tendencia actual, en los países con recursos, es la escolarización temprana y prolongada». Siendo un defensor de la escuela, duda sobre cuándo debe empezar: «Me parece evidente que la constitución del núcleo personal se interrumpe antes de tiempo. Si la escuela no es enteramente acertada [i], se advierten deterioros que pueden ser graves; en todo caso, el niño pierde en parte el carácter puramente personal que tenía al comienzo de su vida, resulta menos «único», su espontaneidad queda recubierta por una capa de vigencias en cierto modo impersonales»<sup>2</sup>. Es decir, lo que se gana en la escuela es a costa de una pérdida al abandonar el núcleo educativo primigenio; y si la escuela no está a la altura, si la enseñanza que imparte es deficiente o adoctrinadora, la ganancia que siempre se atribuye a ella —la socialización del niño— padece frente a lo que se deja atrás.

Al hilo de esto, no me resisto a recoger una reflexión de Christopher Derrick: «Personalmente, he sospechado a menudo que la educación es uno de los grandes dioses falsos —*faute de mieux*— adorados por nuestra sociedad sin dios: mucha gente habla como si el simple hecho de hallarse en un aula, escuchando a alguien que hable sobre algo y con algún fin, tuviera un valor místico. En abstracto, el conocimiento es, sin duda, mejor que la ignorancia. Pero, en cada caso concreto, quisiera conocer mucho mejor el tema antes de estar de acuerdo con que determinada situación y experiencia sean deseables. A menudo sí es bueno; pero, a veces, es una absoluta pérdida de tiempo y, en ciertos casos, algo mucho peor. Al gran dios de la Educación no le vendría mal cierta dosis de crítica y de contestación: parece disponer de una lealtad bastante mayor de la que merece»<sup>3</sup>.

Efectivamente, como apunta este inteligente autor, la Educación, elevada a la condición de mito, se ha encarnado en el centro escolar, incluso aunque el paso por éste pueda ser frustrante y problemático, amén de escasamente enriquecedor. Aquí se podrían citar las cifras bien conocidas que sitúan a la población escolar española entre la peor formada de los países desarrollados, contando el gigantesco número de quienes no concluyen con éxito sus estudios obligatorios, y ello pese a ser España uno de los que más gasta en proveer de medios al sistema de enseñanza. Por otro lado, tampoco resultan desconocidas las condiciones de inseguridad y depresión que en muchos centros viven profesores y alumnos debido a la indisciplina, la falta de respeto y el nulo interés por lo que allí se hace, que se enseña de las aulas y que de manera timorata lleva a los responsables (directores, políticos, legisladores) a contemporizar, cediendo en los principios de disciplina y esfuerzo para fomentar una tolerancia políticamente correcta y un igualitarismo a ras de suelo, que desanima y margina a los alumnos y docentes con verdadero interés y facultades.

Sin embargo, no queda aquí la cosa, porque a los padres que han visto crecer sus (fundadas) sospechas respecto del sistema escolar, al mismo tiempo se les ha disminuido o privado de la potestad de elegir respecto de la formación de sus hijos. Porque la educación ha sido modernamente adoptada por el Estado como hija propia, y se ha visto arrebatada de las manos de quienes son sus progenitores naturales, la familia.

---

<sup>2</sup> J. Marías. *Mapa del mundo personal*. Madrid, 1994, pp. 40 y 50-51.

<sup>3</sup> C. Derrick. *Huid del escepticismo* (3.ª ed.). Madrid, 2011, p. 36.

El derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos es de difícil ejercicio, toda vez que no existe un centro que responda a los anhelos particulares de cada una de las familias. Pero, siendo esto imposible, y por ello no considerable, el ejercicio del derecho está lejos de conseguirse incluso dentro de un obligado realismo, sobre todo si nos ceñimos al tenor con que nuestra Constitución lo proclama en su artículo 27.3: «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». Se trata de los mismos poderes públicos a los que, por ejemplo, el artículo 16.3 ordena tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Pese a ello, es notorio que, a la hora de ejercer este derecho, priman poco las convicciones paternas, y se ven beneficiadas familias que acreditan valores preferentes como son la proximidad del domicilio familiar al centro o la existencia de hijos ya matriculados en el mismo. Esta realidad de los centros concertados, que ven cómo la necesidad de financiación pública presiona las legítimas aspiraciones de sus idearios, permite que no pocos padres puedan llevar a sus hijos a un colegio que no responde a sus creencias morales, pero que garantiza una disciplina que ha desertado ya de los centros públicos, puesta en fuga por las leyes que padecemos, correctamente pedagógicas y profundamente antieducativas.

Pero quizá no sea del todo exacto afirmar que la educación ha sido sencillamente arrebatada a los padres. Porque no sólo ha existido un acto de fuerza, aunque sea por vía legal, que ha menguado la capacidad de disposición de los padres en cuanto a la educación de sus hijos. También aquellos son responsables, al menos, de una relajación, cómplices, por tanto, de ese raptó de sus hijos. En Esparta, los hijos se entregaban al Estado para que los convirtiera en parte de su maquinaria militar. Aquí y ahora la expropiación es más sutil, utiliza las técnicas adormecedoras del Estado del bienestar. Cuando éste ofrece todas sus posibilidades —trabajos absorbentes e infinitas opciones de tiempo libre frente a los que se exponen guarderías, comedores, aulas matinales, abuelos aparentemente amortizados a los que se puede dar «un nuevo uso»— el ordenamiento jurídico lo tiene fácil para hacer de la Educación un asunto público, no en el sentido de que interesa a todos, sino en el de que *le pertenece*.

Las consecuencias de este proceder son graves y bien conocidas. Se inicia una deriva en el pensamiento común —alimentada por ciertas ideologías y doctrinas en boga— que permite al Estado excederse en sus funciones y adentrarse en las competencias paternas para educar moralmente a los hijos, como ha ocurrido con la asignatura de Educación para la Ciudadanía. No ha importado que el artículo 27 de la Constitución deje meridianamente claro que es a los padres a quienes corresponde elegir la formación religiosa y moral de sus hijos. Según Castellani, se ha producido la violación de un principio de derecho natural, «el derecho de los padres a educar a sus hijos, menospreciado por el Estado liberal en su pretensión monopolizadora de la Escuela. El Estado no está hecho para ser pedagogo, sino para hacer marchar derechos a los pedagogos, lo mismo que a todos los demás oficios particulares, los cuales no debería tratar de ejercer por sí mismo, a no ser en función extraordinaria y supletoria»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> L. Castellani. *Cómo sobrevivir intelectualmente al siglo XXI*. Madrid, 2008, pp. 267-268. Este autor llega a llamar al monopolio de la enseñanza por parte del Estado «un pecado contra el derecho natural» (ibidem, p. 284).

Este derecho, reconocido en las declaraciones internacionales, se funda en la certeza de que nadie tiene una mayor preocupación que los padres por inculcar a los hijos el camino mejor para sus vidas en términos morales; no sólo esto, sino que, según Polo, la educación en el ámbito familiar es algo primario en el hombre, en cuanto que culminación de la relación de los padres con los hijos, que no se limita a la procreación<sup>5</sup>. También el Estado puede preocuparse de la educación de los menores de edad, pero siempre será más sospechoso de interés al respecto, siempre será más probable que vea al alumno en términos de cálculo político antes que como una persona valiosa en sí misma<sup>6</sup>. Ciertamente es que ha habido más de cincuenta mil objeciones de conciencia contra la Educación para la Ciudadanía —no importa que se hayan reconocido o no: son reales—, pero tendría que haber resonado un clamor universal, y el Tribunal Supremo no debería haber tenido miedo a atender los verdaderos derechos en juego en estos casos.

Ha resultado cómodo para muchos padres, al menos un alivio, conforme se desarrollaba la sociedad del bienestar, que existiera un Estado dispuesto a ocuparse de la Educación. Poco a poco, la cesión de los hijos ha ido a más; de ahí la implantación de la Educación para la Ciudadanía, que no hubiera sido posible si las responsabilidades educativas hubieran estado más vivas, o más universalmente vivas, y no se hubiesen registrado ya tantas deserciones<sup>7</sup>. Digamos que la asignatura en cuestión encontró un terreno propicio, que previamente había sido roturado, para consumir la cesión. Así se ha descrito resumidamente este proceso: «La propaganda pedagógica convenció a las familias de que su hijo sería formado íntegramente en el colegio; en consecuencia, las familias se han ido desentendiendo progresivamente de esa formación. El resultado es que los chicos empiezan a acudir a los centros escolares sin los niveles mínimos de socialización que se adquieren en la familia. Todo ello coloca a los alumnos en situación de indefensión ante la recepción de los mensajes que la secta pedagógica quiera transmitir»<sup>8</sup>.

El bienestar que generalmente califica a la sociedad y el Estado en que vivimos —debido a la plenitud no sólo a la hora de reconocer derechos, sino también al garantizarlos, convertidos así en derechos de prestación, además de los múltiples servicios y ayudas de que disfruta el ciudadano—, resulta sin embargo engañoso si ahondamos en la realidad profunda de su significado. Porque el bienestar que se ha alcanzado es sólo uno de los aspectos —el más atractivo, y por ello el más promocionado— de un sistema que ha configurado la sociedad desde la absoluta dependencia del consumo. Se ha partido de que el consumo genera riqueza para todos (aunque en mayor medida para unos pocos), de ahí que aquel se haya fomentado hasta el límite de la adicción (que muchos

<sup>5</sup> Cfr. L. Polo. *Ayudar a crecer. Cuestiones filosóficas de la educación*. Navarra, 2006, p. 87.

<sup>6</sup> «La organización civil no puede reemplazar la dedicación y el amor que pone la familia en la tarea educativa. Ella, en las antípodas de toda instrumentalización o dirigismo, preserva de modo eminente la dignidad, tanto del que educa como del educando, a lo largo del proceso formativo» (J. Martí Sánchez. *Homeschooling: Lo que está en juego (I). La importancia de la libertad de enseñanza y del homeschooling como expresión de la misma*, en <http://www.analisisdigital.com/Noticias/Noticia.asp?IDNodo=-5&IdAccion=2&Id=51059>. [2010, 22 de diciembre] [consultado, 31/10/2012]).

<sup>7</sup> Hay una lectura de esta cuestión que, al margen de las políticas que también se han hecho, revela la adulteración de la propia función educativa: «La pedagogía ha actuado como un poderoso vehículo para transportar al mundo de la enseñanza los valores que la sociedad democrática se ha dado a sí misma. Al hacerlo desde el eslogan y la consigna ha incumplido con la tarea que esta misma sociedad le había encomendado: formar ciudadanos responsables y no autómatas obedientes» (M. Ruiz Paz. *La secta pedagógica*. Madrid, 2003, p. 40).

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 52.

sobrepasan), estimulando artificialmente la demanda de todo tipo de productos (y todo acaba convirtiéndose en producto de consumo, incluso las relaciones personales), lo que de forma paralela ha exigido un aumento desmesurado de la productividad, incrementando las cantidades ofertadas (lo que multiplica el bombardeo publicitario, con estrategias que desbordan la moralidad) y también el desarrollo de nuevos productos (muchos de ellos inútiles) que habrán de sustituir a los que rápidamente se estropean y desgastan (nada es demasiado duradero, jamás *para siempre*), así como a esos otros que han dejado de interesar y cuyo vacío habrá que llenar con algo nuevo. En esta espiral, como he dicho, la propia persona se convierte en una herramienta que hace funcionar el sistema: bien como trabajadora (explotada en muchos casos o sin al menos posibilidad de conciliar la profesión con la vida familiar) o bien como un objeto más puesto a disposición del consumo, sea para incitarlo (utilizando a hombres y mujeres como reclamos publicitarios) o directamente siendo objeto de la producción (la generación artificial de vidas humanas a demanda entraría de lleno en esta categoría). Sí, una de las consecuencias de todo esto es que vivimos con más facilidades y comodidades; pero a costa, sobre todo si uno se distrae en demasía con el circo que lo rodea, de lo que es la persona y de lo que necesita para vivir y desarrollarse plenamente desde su dignidad y derechos. Porque aquellas comodidades se pagan, y no solamente con dinero, sino renunciando también a principios, de forma creciente, porque el supuesto progreso se mueve en círculo si está desentendido de la dimensión proyectiva de la vida humana, si no mira su sentido profundo, sino únicamente qué la complace en lo más superficial.

Esta es la tragedia del hombre actual. Se conforma con lo superficial porque a ello ha amoldado su apetencia y siente que basta para dar satisfacción a sus instintos primarios. La propaganda lo adormece mientras tanto haciéndole creer que no tiene otros que esos, los cuales pueden ser bien saciados por la incansable actividad productiva de bienes y servicios. Esa misma propaganda oscurece sus ojos para que no advierta las realidades desagradables que pululan un poco más allá de la vuelta de la esquina, u otras un poco más cercanas respecto de las que se intenta vivir de espaldas, como el dolor o la muerte. Por ello la religión o el humanismo son expulsados del paraíso del confort, no vayan a avivar la conciencia del hombre amodorrado en su satisfacción y le revelen la existencia de otras inquietudes propias del hombre y su sentido que no se aquietan con el empleo de la tarjeta de crédito o con el cambio de canal del mando a distancia. La sociedad del bienestar y el consumo han llegado a tal extremo que su sostenimiento exige necesariamente que el hombre renuncie a vivir con sentido, porque de no lograr este propósito, el potencial cliente dejaría de sucumbir a todas sus ofertas, que cada vez lo hacen menos persona. Pero tan sólo dormita su conciencia, porque la naturaleza humana acaba revelando sus más profundas necesidades por mucho que se las trate de arrumbar o posponer. Para entonces puede que ya el alma esté tan enferma que no sepa encontrar las luces del sentido que la mantienen en pie<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. Á. López-Sidro. El hombre en busca de sinsentido. En *La Razón*, 6 de enero de 2005. Sobre el desconcierto del sentido vital en esta sociedad, es iluminadora también la reflexión de Derrick: «El trabajo se convierte en la parte más interesante, organizada y significativa de la existencia; y el ocio se convierte en algo que sirve a los fines del trabajo: lo utilizamos para descansar, relajarnos, refrescarnos y, así, recargar nuestras baterías para emprender las actividades serviles del día siguiente. En el peor de los casos, el tiempo libre se convierte en una especie de hueco sin sentido que se debe llenar de cualquier forma; y de ahí surge la enorme demanda moderna de distracción, de entretenimiento continuo, de manera que el ocio agrupa a

Por otra parte, el clima de confianza y despreocupación generado por una sociedad que facilitaba tantos placeres y distracciones, unido a la disponibilidad de un Estado capaz de garantizar todo tipo de servicios y ayudas para quienes los necesitarán —tratamientos hasta para cambiar de sexo, subsidios por desempleo una y otra vez prorrogados, ayudas para la dependencia, pensiones, etc.—, ha provocado que se extendiera como inercia la actitud irresponsable de... dejarlo todo en manos de otro, o, más ingenuamente aún, dejarse llevar por cualquier impulso o aventura, en la creencia de que siempre habría allí unas manos dispuestas a salvar al inconsciente (si se elegía no tener hijos en el matrimonio, el Estado ya se ocuparía de uno cuando estuviese mayor o enfermo), o colchón para amortiguar la caída si algo salía mal (aunque en realidad no se llegaba a pensar en que algo saliese mal, de ahí que se viviese por encima de las reales posibilidades de uno y se solicitasen y concediesen hipotecas como si no existiese el riesgo).

Sin embargo, la crisis actual, no sólo en su dimensión económica, está repercutiendo duramente en continuidad del Estado del bienestar, hasta el punto de que ya se anuncia su defunción. Ese colchón que parecía permitir cualquier frivolidad y que se abdicase o se jugase incluso con los deberes más arraigados de la persona, está menguando su espesor, y aumentan las probabilidades de que desaparezca del todo. Si no hay dinero público para sostener las guarderías, ¿quién se ocupará de los niños? Si no hay niños, ¿quién se ocupará de esos abuelos sin descendencia, de qué modo se proveerán sus pensiones?

Los síntomas de dejadez también proliferan en el mundo educativo, alimentándose mitos que justifiquen la irresponsabilidad de los padres en la enseñanza, con consecuencias funestas. Por ejemplo, se ha pensado que un título lo es todo, pero en realidad ¿qué demuestra? Se tiene como un dogma que el fracaso escolar —el abandono de los estudios antes de la obtención del título— es el fracaso de la educación; y, como contrapartida, el éxito sería que todos los alumnos terminaran su carrera académica. ¿Es esto cierto? ¿De verdad el objetivo es retener *como sea* a los alumnos en la escuela para que terminen *de cualquier manera* sus estudios? Pues sí, lo es, como acreditan las iniciativas legislativas que en los últimos años han proscrito el esfuerzo como un elemento inseparable del estudio, para sustituirlo por lo lúdico; o que han flexibilizado hasta hacer de goma los requisitos de promoción de un curso a otro<sup>10</sup>. El aluvión de los que, supuestamente mejor preparados, llegan finalmente a la universidad, permite hacerse una idea del desastre: si apenas se sabe leer, escribir o expresarse oralmente con una mínima corrección o comprensión para aspirar a una titulación superior, no hace falta indagar más. Paradójicamente, se sigue reclamando al Estado (el culpable siempre es otro) lo que no puede dar, sobre todo si no concurre con la labor primera de los padres, y menos en una

---

los miembros de la familia alrededor de la televisión, uniéndolos físicamente pero permaneciendo cada cual psicológicamente aislado en su propia relación con la pantalla y con sus fantasmales imágenes. En alguna medida, de aquí también parte la idea de que la madre de familia debe volver al trabajo en cuanto el cuidado del niño no le ocupe todo el tiempo. El deseo de más dinero y la escasa estima que se tiene a la vida de familia son factores relevantes en este caso. Pero existe también un presupuesto de fondo según el cual el mundo del trabajo es un mundo lleno de significado y de posibilidades de realizarse, como algo opuesto al vicioso vagar de la «señora ociosa» (C. Derrick. *Huid del escepticismo*, cit., pp. 59-60).

<sup>10</sup> «Suplantar el esfuerzo, el rigor, la disciplina intelectual, el mérito por el predominio de lo lúdico, por la nivelación, la selección a la inversa y la demagogia, es matar la educación» (I. Sánchez Cámara. *De la rebelión a la degradación de las masas*, cit., p. 126).

sociedad donde el alma motriz de todo es el consumo. «Y todo el tiempo —tal es la tragicomedia de nuestra situación— seguimos clamando precisamente por aquellas cualidades que tornamos imposibles. No se puede abrir un periódico sin encontrar la afirmación de que lo que nuestra civilización necesita es más «impulso» o dinamismo o autosacrificio, o «creatividad». Con una especie de atroz simplismo, extirpamos el órgano y exigimos la función. Hacemos hombres sin pecho y esperamos de ellos virtud y arrojo. Nos reímos del honor y nos sorprende descubrir traidores entre nosotros. Castramos, y apostamos a que el caballo castrado sea fértil»<sup>11</sup>.

¿Qué nos encontramos en el actual sistema educativo, traspasado por los credos de la moderna pedagogía? Pues vemos por ejemplo que el objeto del estudio, que hoy es casi decir el objeto de la educación, ha pasado a un segundo plano. *Aprender a aprender*, ese es el mantra repetido en las nuevas tribunas de la sapiencia pedagógica. Nada de aprender algo, sino aprender para seguir aprendiendo... ¿el qué? Destrezas, habilidades, competencias... ¿para qué? ¿Adónde conducen? Por definición, a ningún sitio concreto, se trata de un movimiento continuo, de un no parar sin meta conocida, como el hombre mismo no tiene un sentido claro. El conocimiento que se transmitía desde la sabiduría del maestro es visto como un residuo de tiempos donde la razón se oscurecía por el dogma de un determinado contenido.

¿Acaso no hay dogmas ahora que suplantán a la razón, al sentido común a menudo, y al saber casi siempre, que desprecian los contenidos —son fungibles, subjetivos o aleatorios— y que entronizan procedimientos y técnicas que no se pueden discutir, y que hay que aceptar si no se quiere ser tachado de anticuado y oscurantista?

La figura del maestro y la lección magistral han sido otros de los supuestos anacronismos que la nueva pedagogía ha venido a extirpar de la educación. Desprestigiado el contenido, mucho más si no venía avalado por la modernidad, poco puede transmitir el profesor si es que aún se siente como eslabón y depositario de una tradición. Ya no transmite un saber heredado y aquilatado en su propia experiencia vital e intelectual, sino un programa mínimo, dominado por los procedimientos y las técnicas<sup>12</sup>, no para acercarse a la Verdad —término suprimido del ámbito académico— o siquiera al conocimiento, sino para la mera instrucción en los propios procedimientos y técnicas, trocados de herramientas a fines... de supuestas infinitas posibilidades. Este proceso tiene su paralela lectura antropológica: ocurre como con la libertad humana, que se ha ido adelgazando de sentido (el suyo propio de ser una herramienta para que la persona busque su bien y se acerque a la plenitud), para enaltecerse como un fin en sí misma, dado que la libertad no habría de emplearse conforme a criterios morales sino como simple capacidad de maniobra sin más límite que la libertad ajena.

Volviendo al maestro, a éste no sólo se le ha despojado de sentido su misión propia, sino que se le ha reducido a una parodia de sí mismo, a una figura que no genera respeto ni parece merecerlo, y que por supuesto, carece de autoridad en el aula, ante alumnos y padres que discuten sus decisiones y que ignoran su libertad de cátedra<sup>13</sup>: «Cuando la

<sup>11</sup> C. S. Lewis. *La abolición del hombre. Reflexiones sobre la educación*. Barcelona, 2000, p. 32.

<sup>12</sup> Ya Marañón criticaba que el progreso de la técnica «con todo su prestigio de conquista representativa del siglo, ha relajado la disciplina de nuestro esfuerzo, sin hacernos ganar, intelectualmente, nada» (G. Marañón. *Raíz y decoro de España* [4.ª ed.]. Madrid, 1973, p. 28).

<sup>13</sup> «La experiencia de autoridad surge en nosotros al encontrarnos con una persona cuyo ejemplo suscita una inevitable adhesión; así surge la relación, tan descuidada por la pedagogía moderna y tan funda-

pedagogía niega al profesor como experto, como autoridad en su materia, le desautoriza sin motivo ante unos alumnos que difícilmente, entonces, podrán aceptar alguna influencia suya en el momento de recibir de él una formación ética, formación que por otro lado la pedagogía ha encargado a ese mismo profesor. La pedagogía niega al profesor como enseñante y educador. Niega también la participación real del alumnado, porque no se puede participar en nada desde la nada, desde la carencia de criterio, desde la ausencia de conocimiento»<sup>14</sup>.

En este contexto, el Estado sigue sin admitir competencia, y rechaza la posibilidad del *homeschooling*, cuando con más motivos muchos padres desconfían de la educación que pueda proporcionar la escuela frente a la que ellos, desde un trato más personalizado y directo, más atento a las cualidades y carácter de sus hijos, pueden ofrecerles. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, resolviendo un recurso de amparo presentado por unos padres defensores de este modelo, rechazó sus argumentos con razones como estas: «Acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que 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. En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE<sup>15</sup> y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE» (FJ 8º).

De modo que, según esto, la familia no sería eficaz a la hora de permitir el desarrollo de la personalidad de los hijos y su acomodo en una sociedad democrática con respeto a los principios de ésta<sup>16</sup>. Sin duda, alguno de los panoramas antisociales que se expe-

---

mental para la verdadera fluencia de conocimientos (que es también fluencia vital), entre maestro y discípulo» (J. M. De Prada. *La nueva tiranía. El sentido común frente al Mátrix progre*. Madrid, 2009, pp. 301-302).

<sup>14</sup> M. Ruiz Paz. *La secta pedagógica*, cit., p. 48-49.

<sup>15</sup> «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».

<sup>16</sup> «¿En qué estudio profundo basa el Tribunal Constitucional la afirmación de que con la escolarización gana la formación integral y cívica de la persona? El bajo nivel académico, la desmotivación, la indisciplina, el *bullying*, desgraciadamente muy extendidos, no proyectan esa imagen exitosa» (J. M.ª Martí Sánchez.

rimentan en ciertos centros educativos será mucho más favorable para el objetivo perseguido. Por otra parte, la formación de un espíritu más abierto a la pluralidad social no parece accesible desde el contacto con una realidad uniforme, aunque esta inculque el respeto al diferente, y sí podría lograrlo un contexto social variopinto aunque esté segmentado (y hasta enfrentado) en grupos, clubes o bandas.

Pero, al margen de esto, ¿qué queda de la educación en casa? ¿Son hoy los padres los máximos responsables de la educación de los hijos, con ayuda de los maestros, o se han invertido los términos hasta hacerlos cooperadores de estos, cuando no ajenos a una responsabilidad dejada íntegramente en manos de los docentes, a quienes se responsabiliza de todo? «Porque educar es mucho más que instruir. Educar es sembrar ideales, formar criterios y fortalecer la voluntad, ya desde la infancia. Y aunque es en el hogar, ciertamente, donde todos estos aspectos deben ser prioritariamente atendidos, el colegio constituye un *complemento* indispensable para lograr que estos objetivos queden profundamente grabados en el alma del niño»<sup>17</sup>. La escuela puede no resultar hoy fiable, porque incluso contando con la voluntad de las personas, el diseño de la enseñanza sigue siendo muy imperfecto. Pero es que la competencia primigenia es de los padres.

Como dejó escrito Marañón, «[d]e nada sirven los progresos de la ciencia ni el celo colectivo de los Estados si el padre no coloca en la simiente de su hijo una vitalidad enérgica y si no acierta a rodearle de un mínimo de bienestar y de educación»<sup>18</sup>. A ningún cabeza de familia responsable se le oculta que sacar adelante su casa es una tarea heroica. Pues bien, más vale que vaya pensando en sacrificar algunas cosas más y ponerse a la labor de encargarse él mismo de la formación más fundamental de su hijo, si es que considera que éste debe afianzar su espíritu en convicciones que no sean las que el gobierno de turno imponga o las que el sistema educativo haya pergeñado sin mirar lo que es el Hombre.

---

*Homeschooling: Lo que está en juego (II). La importancia de la libertad de enseñanza y del homeschooling como expresión de la misma.* En <http://www.analisisdigital.com/Noticias/Noticia.asp?id=51096&idNodo=-5>. [2010, 27 de diciembre] [consultado, 31/10/2012].

<sup>17</sup> L. Riesgo Ménguez y C. Pablo de Riesgo. *La familia. Ideas claras sobre la institución más valorada por los españoles*. Madrid, 2006, p. 109 (el subrayado es mío).

<sup>18</sup> G. Marañón. *Raíz y decoro de España*, cit., p. 61.



## **CAPÍTULO TERCERO**

### **LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL GRAN RETO: EL DERECHO DE LOS PADRES A EDUCAR A SUS HIJOS**



# OBJECIONES DE CONCIENCIA EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA. EL CONFLICTO JUDICIAL PARA LAS FAMILIAS

*Lourdes Ruano Espina*  
Catedrática. Universidad de Salamanca

## 1. LA EDUCACIÓN COMO DEBER Y DERECHO

Tradicionalmente la educación se consideraba como un deber más que como un derecho. De ahí que las primeras declaraciones de derechos —de Virginia, de 12 junio 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 agosto 1789— no hicieran referencia al derecho a la educación. Fue a raíz de la ideología propia de la ilustración, cuando se plantea el proyecto de proporcionar una educación obligatoria. Como la tarea educativa había estado encomendada tradicionalmente a la Iglesia, en el pensamiento de la ilustración se entendió que esta misión debía ser asumida por el Estado, dentro de un programa secularizador.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la 183 Asamblea General de Naciones Unidas el 10 diciembre 1948, fue el primer texto internacional que, además de considerar la educación como un deber, la incluyó entre los derechos humanos y estableció, en su artículo 26, que toda persona tiene derecho a la educación, que debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental.

En la Constitución Española de 1978 los derechos educativos están regulados por el amplio art. 27, que consta de diez apartados. La educación se configura como un derecho fundamental y a la vez como un deber (en su etapa básica), de ahí que el art. 27.4 establezca que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. En su primer apartado, el art. 27, 1 CE establece: «todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza». Se recogen en este precepto dos principios que iluminan y presiden todo el sistema educativo español. Por una parte, el derecho a la educación, como derecho prestacional que garantiza a cada estudiante un puesto escolar, en la etapa de enseñanza básica, que es obligatoria y gratuita (art. 27, 4); por otra, la libertad de enseñanza, que a su vez garantiza el reconocimiento del derecho a la creación de centros docentes (art. 27, 6), la libertad de cátedra (art. 20, 1 c) y el derecho que asiste a los padres para

que sus hijos reciban una educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27, 3).

Este derecho de los padres constituirá el eje central de mi exposición, en el desarrollo del tema que me ha sido encomendado en este Congreso. Y, puesto que se trata de un derecho fundamental, la interpretación del derecho de los padres a elegir para sus hijos el tipo de educación religiosa y moral conforme a sus convicciones, debe hacerse de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, como dispone el art. 10.2 CE que, una vez publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1). Este derecho ha sido reconocido en numerosos textos y tratados internacionales ratificados por España. Veamos los más relevantes.

Como hemos señalado, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* dedicó a los derechos educativos el citado art. 26. En él se reconoce que «*toda persona tiene derecho a la educación*». Al menos la instrucción elemental y fundamental debe ser gratuita. «*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...*», y en el párrafo 3 establece en términos generales que «*los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*». Se trata, por tanto, de un derecho cuya titularidad ostentan los padres, que tiene carácter preferente, y cuyo objeto es escoger el tipo de educación, es decir, que «*no se está refiriendo únicamente a la posibilidad de optar por sistemas pedagógicos —que también—, sino a concepciones holísticas de la educación, es decir a sistemas educativos completos fundamentados en una determinada concepción filosófica, ideológica o religiosa de la realidad*»<sup>1</sup>, si bien es cierto que el texto no hace referencia expresa a la educación moral o religiosa.

El *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* hecho en Roma en 1950, por el que el Consejo de Europa desarrolló la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, no hizo referencia inicialmente a este derecho, que fue regulado dos años más tarde por el Protocolo Adicional I (hecho en París el 20 de marzo de 1952), cuyo art. 2 establece:

«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».

La finalidad perseguida por este precepto quedó ya clara en los trabajos preparatorios que precedieron a su definitiva redacción, y que muestran que «*no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Por el contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado*»<sup>2</sup>, que en el cumplimiento de las funciones que le competen, al regular el

<sup>1</sup> J. Mantecón Sancho, El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones. En *Jornada de Estudio sobre la Educación para la Ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española, el 17 noviembre 2006, p. 3.

<sup>2</sup> Así lo explica el Juez Terje Wold, en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968, sobre el régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica.

sistema de enseñanza, debe asegurar que ésta sea conforme a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.<sup>3</sup>

El 19 de diciembre de 1966 se firmaron los *Pactos de Nueva York*, que establecen el compromiso expreso de los Estados Partes de respetar la libertad de los padres o tutores para escoger —para sus hijos o pupilos— la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Sin embargo, aunque ambos garantizan este derecho, lo hacen desde perspectivas distintas: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* reconoce este derecho desde la órbita del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, mientras que el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* lo hace desde la vertiente del derecho a la educación.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>4</sup>, se ha ocupado del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos en el art. 18, que desarrolla el del mismo número de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el marco de esta regulación, la Convención se ocupa de este derecho a, en los siguientes términos: «*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*».

Este precepto ha sido objeto de comentario por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En su *Observación General* n° 22, el Comité ha señalado que «*la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores*»<sup>5</sup>, de forma que, «*cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en constituciones, leyes, programas de partidos gobernantes, etc., o en la práctica efectiva, esto no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella*» (§ 10).

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*<sup>6</sup> se ha ocupado de garantizar este derecho en el marco de los derechos educativos, en el art. 13 , 3,

<sup>3</sup> Se establece, así en el precepto, una vinculación entre el derecho a la educación, que tiene que quedar garantizado por el Estado, y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y se impone al Estado el respeto al derecho de los padres de asegurar que la educación de sus hijos se llevará a cabo de conformidad con sus convicciones religiosas y filosóficas. «*Se circunscribe, por tanto, la eficacia del derecho al ámbito de la conciencia, fraguándose así intencionadamente el puente entre el derecho a la educación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en los términos amplios en que estas últimas son concebidas tanto por el art. 18 DUDH como por el art. 9, 1 CEDH*»: L. Martín-Retortillo Baquer, Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). El Justicia de Aragón, Zaragoza 2008, p. 60.

<sup>4</sup> Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 abril 1977).

<sup>5</sup> *Comentario General número 22 (48)* del Comité de Derechos Humanos, de 30 de julio de 1993 al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, § 6: UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), reimpresso en UN Doc. HRI/GEN/Rev.1 at 35 (1994). En [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fca0da0de9962d6b8025652a0037ff2a?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fca0da0de9962d6b8025652a0037ff2a?Opendocument) (todas las referencias a páginas web citadas en el presente trabajo han sido consultadas por última vez el 27/05/2013).

<sup>6</sup> Ratificado también por España el 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 abril 1977).

que dispone: «*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*».

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>7</sup> ha garantizado también el derecho a la educación que tiene «*toda persona*», en su art. 14, en cuyo párrafo 3 establece que se respeta, «*de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos*», y reconoce, con una fórmula amplia y novedosa, «*el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas*».

Cabe citar también la Convención de 15 de diciembre de 1960, promovida por la UNESCO, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>8</sup>, que establece en el art. 5.1 b) que los Estados Parte convienen en que se respete la libertad de los padres y tutores legales, primero de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza distintos de los mantenidos por los poderes públicos y, segundo, de dar a sus hijos, «*según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones*», sin que pueda obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa que sea incompatible con sus convicciones. Así mismo, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones, de 25 noviembre 1981, aunque no tiene carácter vinculante, por no ser un tratado, reconoce, junto al derecho de los padres a «*organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño*» (art. 5.1), el derecho de que gozará todo niño «*a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme a los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño*» (art. 5.2).

Por último, los Estados participantes en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) han asumido el compromiso de respetar «*la libertad de los padres de garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus propias*

<sup>7</sup> Aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 (DOCE núm. 364, 18 diciembre), revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007 e incorporada al Derecho comunitario europeo por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2009. El Tratado de Lisboa fue incorporado al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184, de 31 de julio). El art. 2 de dicha Ley Orgánica dispone que «*a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10 de la Constitución española y el apartado 8 del art. 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007*».

<sup>8</sup> Aceptada por España el 20 agosto 1969 (BOE núm. 262, de 1 noviembre 1969).

convicciones», que quedó consagrado en el principio 16.7 del Documento de Clausura de la Reunión de Viena celebrada el 17 de enero de 1989<sup>9</sup>.

## 2. LOS ELEMENTOS IMPLICADOS EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO-DEBER A LA EDUCACIÓN

Aunque resulte paradójico, la evidente nitidez con que está formulado el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos, conforme a sus convicciones, contrasta con la creciente litigiosidad existente en torno a este derecho. Cada vez con mayor frecuencia, padres e hijos se ven obligados a solicitar amparo judicial en defensa del derecho que les asiste a elegir dicha formación de acuerdo con sus personales convicciones o, al menos, del derecho a impedir que los menores reciban una educación que sea abiertamente contraria a esas convicciones personales. En mi opinión, ello puede deberse a que el derecho-deber a la educación es un derecho, que podría definirse como «*poliédrico*» o «*multifacético*», porque en su regulación están implicados varios elementos o sujetos en un misma relación jurídica<sup>10</sup>. De hecho, en el ejercicio y garantía de este derecho confluyen a su vez, por una parte, amplias competencias del Estado y las administraciones públicas, como responsables de garantizar la efectividad del derecho que toda persona tiene a la educación; por otra, los derechos y deberes que dimanan de las relaciones paterno-filiales y de la patria potestad<sup>11</sup>, así como los derechos del menor, en cuyo interés o beneficio radica el objeto y fin último de este derecho y, finalmente, cabría citar también los derechos de las iglesias y confesiones religiosas, en el ejercicio de su misión educativa.

---

<sup>9</sup> La Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa, reunió al Consejo Asesor de su Panel de Expertos sobre la Libertad de Religión o Creencias, que ha elaborado un documento denominado *Principios Orientadores de Toledo sobre la Enseñanza de la Religión en las Escuelas Públicas*, en el que se admite la posibilidad de integrar algunos elementos de la enseñanza sobre religiones y creencias en la educación intercultural o en la educación para la ciudadanía (*Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools*, 2007, <http://www.osce.org/odihr>, p. 43). El documento está disponible en [www.osce.org/documents/imcs/1989/01/116059\\_en.pdf](http://www.osce.org/documents/imcs/1989/01/116059_en.pdf) y un valioso comentario al mismo ha sido realizado por J. Martínez Torrón, Principios de la OSCE para la enseñanza sobre las religiones y creencias en las escuelas públicas. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCDEE)* número 16, enero 2008.

<sup>10</sup> 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* número 19, enero 2009, p. 2.

<sup>11</sup> Por el hecho de la paternidad, los padres tienen un deber natural y un derecho de velar por sus hijos, cuidar de ellos y procurarles todo lo necesario para el pleno desarrollo de su personalidad y para que puedan tener una vida digna. Pero además, en el ejercicio de la patria potestad, los padres están obligados a educar a sus hijos menores no emancipados o incapacitados, y a procurarles una formación completa o integral. En el cumplimiento de este deber, los padres tienen que velar por hacer efectivo el derecho a la educación del menor, que en los niveles o etapas educativas de enseñanza elemental, es obligatoria, pero también podrán transmitirles un determinado código ético y moral, o unos concretos valores religiosos, en el ejercicio de su derecho fundamental de libertad religiosa. Aquí es, precisamente, donde se inserta el derecho de los padres a elegir para sus hijos menores no emancipados o incapacitados que estén bajo su dependencia, tanto dentro como fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 2, 1 c de la LOLR), derecho que deben garantizar los poderes públicos en virtud del mandato del art. 27, 3.º del texto constitucional.

La configuración de la educación como un derecho-deber de toda persona, que debe prestar el Estado de forma gratuita, implica, evidentemente, un importante avance en el reconocimiento y efectividad de los derechos humanos, pero exige la asunción, por parte del Estado, de una carga de enorme entidad, a fin de que esa enseñanza pueda llegar a todos, y la atribución al Estado de amplias competencias, en cuyo ejercicio queda investido de un considerable poder, que se va a proyectar sobre criaturas vulnerables, como son los niños. Precisamente, el derecho de los padres a elegir para sus hijos el tipo de educación que esté de acuerdo con sus convicciones se erige en límite de la potestad del Estado al regular el sistema educativo, que tiene que estar presidido por el principio de neutralidad. A su vez, les garantiza un ámbito de autonomía para que los padres puedan elegir esas enseñanzas morales y religiosas o bien un ámbito de inmunidad, para negarse a que sus hijos reciban la que contradice sus convicciones.

Aquí es, precisamente, donde tienen su encaje los supuestos de objeción de conciencia en el ámbito educativo.

### 3. LAS OBJECIONES DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Se entiende comúnmente por objeción de conciencia la negativa a someterse a una conducta que es jurídicamente exigible, por razones serias de conciencia o por motivos ideológicos o religiosos<sup>12</sup>. Ahora bien, en numerosos casos, cuando los padres se niegan a escolarizar a sus hijos, o a hacerlo en un centro determinado, o bien a que cursen determinadas enseñanzas contrarias a sus convicciones, su negativa no sólo constituye un rechazo al cumplimiento de un deber legal —la escolarización de sus hijos, en los términos establecidos por la ley—, sino que con frecuencia, al oponerse a la norma, la actitud de los padres está amparada por el derecho que les asiste a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, conforme a sus convicciones. Por ello, en no pocos casos, suele hablarse más propiamente de *objeción de legalidad*.

#### 3.1. Tratamiento del tema por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque en España la invocación y defensa, en el ámbito judicial, del derecho de elección de los padres conforme a sus convicciones, es una cuestión relativamente reciente, la Jurisprudencia del TEDH ha abordado esta cuestión en varias ocasiones, desde hace ya más de treinta años.

La primera vez fue en la sentencia de 7 de diciembre de 1976, en el conocido caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, en que se planteaba la pretensión de estos tres matrimonios, que habían impugnado una reforma legislativa en Dinamarca, llevada a cabo en 1970, por la que se imponía la enseñanza sexual integrada en otras materias y obligatoria en las escuelas públicas, sin que la ley contemplara la posibilidad

---

<sup>12</sup> Sobre los distintos supuestos de objeción de conciencia puede verse R. Navarro Valls - J. Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*. Madrid, 1997; Ídem., *Conflictos entre conciencia y Ley. Las objeciones de conciencia*. Madrid, 2012.

—complicada, al no constituir asignatura específica— de eximir de la materia a los alumnos, por causa de las convicciones de los padres. El Tribunal, a la luz del art. 2 del Primer Protocolo del Convenio, reconoció que el Estado, al organizar el sistema educativo, no está legitimado para desarrollar actividades que puedan calificarse como adoctrinamiento de los estudiantes en una particular concepción religiosa o moral de la vida en contra de las convicciones de sus padres (§ 53), y aclaró que «*el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado*». Sin embargo, no admitió la pretensión de los padres en el caso, por entender que la enseñanza sexual, tal como había sido organizada en el sistema educativo danés, respondía a las exigencias de objetividad, neutralidad y pluralismo.

En la sentencia de 25 de febrero de 1982 la Corte de Estrasburgo volvió a abordar el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, en el asunto *Cambell y Cosans contra el Reino Unido*. En este caso, las demandantes, dos ciudadanas británicas, se habían opuesto a que sus hijos fueran sancionados con ciertos castigos corporales (correazos en la palma de la mano), infligidos como medida disciplinaria en la escuela pública de Escocia, por tratarse de una práctica contraria a sus convicciones filosóficas y religiosas. Habiendo sido convocados, los niños no comparecieron, lo que derivó en su expulsión temporal. Aunque el empleo de castigos físicos difícilmente puede calificarse como adoctrinamiento, el Tribunal entendió que había habido una violación del art. 2 del Protocolo, que obliga al Estado a respetar las convicciones de los padres.

Unos años más tarde, el Tribunal sostuvo una postura similar a la mantenida en el asunto *Kjeldsen*, en dos sentencias, de 18 de diciembre de 1996, dictadas en los casos *Efstratiou y Valsamis, contra Grecia*. En los dos, se planteaba la posibilidad de eximir a las demandantes, estudiantes testigos de Jehová, de los desfiles organizados por la propia escuela para la fiesta celebrada en conmemoración del inicio de la guerra con Italia, en 1940, pues el pacifismo es un principio fundamental en esta religión, que prohíbe cualquier tipo de práctica que pueda asociarse de alguna forma con la violencia o con la guerra. Ambas estudiantes habían sido declaradas exentas de asistir a las clases de educación religiosa y a la misa ortodoxa, a petición de sus padres<sup>13</sup>. La inasistencia al desfile les valió una sanción disciplinar, por lo que, agotados los recursos judiciales, recurrieron a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal, que asumió prácticamente los criterios de la Comisión y entendió que la libertad religiosa de las demandantes había sido suficientemente respetada.

En el año 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó por unanimidad la demanda interpuesta por dos ciudadanos españoles —padre e hija—, que consideró inadmisibles *por carecer manifiestamente de fundamento* en aplicación del art. 35, 3 del Convenio, en el asunto *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*, de 25 de

---

<sup>13</sup> Posibilidad amparada por una Circular del Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos, que prevé expresamente dicha exención para los alumnos testigos de Jehová, pero que niega, sin embargo, la exención de otro tipo de actividades, incluida la participación en acontecimientos de orden nacional, razón por la que fue rechazada la petición de los padres, en estos dos casos.

mayo de 2000. En el presente caso, el padre de una menor que cursaba sus estudios en el colegio público donde él impartía docencia, se opuso a que su hija asistiera a un curso de sexualidad humana organizado por el profesor de Ciencias Naturales, utilizando como soporte pedagógico un folleto editado por el Departamento de Educación del Gobierno autonómico. El padre, invocando su derecho constitucional a la elección de la educación moral de su hija, informó al director del centro de que su hija no asistiría al citado curso. Llegado el momento de la evaluación, la niña, que se negó a responder en el examen a las preguntas correspondientes al tema en cuestión, fue suspendida y tuvo que repetir curso escolar. Recurrido el acto administrativo ante la Dirección Provincial de Educación y Cultura del Ministerio de Educación y Ciencia en Cantabria, ésta ratificó la calificación del área de Ciencias Naturales, resolución que fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. En el suplico de la demanda el padre solicitaba que se declarase aprobada la asignatura, al considerar que la materia referente a la sexualidad no puede formar parte de su contenido por ser contraria a las convicciones religiosas de la menor y de sus padres, pero el TSJ de Cantabria dictó sentencia desestimatoria el 23 de marzo de 1998, que fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual declaró inadmisibile el recurso por Auto de 11 de marzo de 1999, por lo que padre e hija acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Corte recuerda en este caso que la definición y el ajuste del programa de estudios dependen de la competencia de los Estados contratantes. La segunda frase del art. 2 del Protocolo debe leerse en relación con la primera, que consagra el derecho de cada uno a la instrucción. Es sobre este derecho fundamental sobre el que se basa el derecho de los padres al respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas, sin que se distinga entre la enseñanza pública y la privada. La segunda frase del precepto trata de proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para preservar la sociedad democrática, tal como la concibe el Convenio. Ahora bien, en el presente caso, *«el Tribunal constata que el curso de educación sexual en litigio trataba de procurar a los alumnos una información objetiva y científica sobre la vida sexual del ser humano, las enfermedades venéreas y el sida. Este folleto trataba de alertarles sobre los embarazos no deseados, el riesgo de embarazo en una edad precoz, los métodos anticonceptivos y las enfermedades de transmisión sexual. Se trata de información de carácter general que puede ser concebida como de interés general y que no constituye una tentativa de adoctrinamiento para precognizar un comportamiento sexual determinado. Por otro lado, esta información no afecta al derecho de los padres a aclarar y aconsejar a sus hijos, a ejercer hacia ellos funciones naturales de educadores, a orientarles en una dirección conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas»*. A ello se añade el hecho de que en España hay una amplia red de colegios privados, que ofrecen una educación más conforme con la fe de los demandantes, pero los padres, en el presente caso, optaron por la enseñanza pública, y en esa medida, el derecho al respeto de sus creencias e ideas *«no podía ser considerado como un derecho a exigir un trato diferenciado de la enseñanza impartida a su hija de acuerdo con sus propias convicciones»*. Esta interpretación —en exceso restrictiva— del derecho de los padres da pie al Tribunal a rechazar la demanda, por carecer manifiestamente de fundamento.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado también, en algunos casos, sobre el fenómeno del *homeschooling* o educación en casa. Son conocidas, a este respecto, las sentencias dictadas en los casos *Leuffen*, de 9 de julio de 1992, y *Konrad*, de 11 de septiembre de 2006, ambas contra Alemania. En el primer caso, la demandante

era una madre católica alemana que se negaba a escolarizar a su hijo por entender que Dios le había dado la exclusiva responsabilidad y autoridad para formarlo. La Comisión interpretó que 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, por lo que concluyó que una madre no puede privar a un hijo de su derecho a la educación basándose en sus convicciones.

En el asunto *konrad y otros contra Alemania*, se planteaba la cuestión de unos padres y sus dos hijos —Rebecca y Josué—, pertenecientes a una Comunidad cristiana intensamente vinculada a la Biblia, que decidieron educar a sus hijos en casa, con el programa de la *Philadelphia School*, y por tanto rechazaban la escolarización obligatoria. Sin embargo les fue denegada la solicitud, por ser la escolarización obligatoria en Alemania. El Tribunal declaró inadmisibles las pretensiones de los padres por unanimidad, alegando que el respeto a las convicciones de los padres sólo se sostiene en la medida en que no entra en conflicto con el derecho de los niños a la educación. Los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación apoyándose en sus propias creencias. Por otra parte, los Estados, al organizar el sistema de enseñanza, pueden adoptar fórmulas diversas, permitiendo, junto a la enseñanza obligatoria en escuelas públicas o privadas, la educación en el hogar, pero en el Estado en cuestión se ha optado por la escolarización obligatoria. Además, la Corte de Estrasburgo pone especial acento en el hecho de que la escolarización del menor no sólo es importante para la adquisición de conocimientos, sino que constituye un fin decisivo de la enseñanza primaria la integración y las primeras experiencias del menor con la sociedad.

En el año 2007, el TEDH ha pronunciado dos importantes sentencias, en sendos casos en que los padres se oponen a que sus hijos cursen una determinada materia —en los dos de educación religiosa— impuesta con carácter obligatorio por Noruega —en el caso *Folgero*— y Turquía —en el asunto *Zengin*—<sup>14</sup>. En el asunto *Folgero y otros contra Noruega*, la sentencia de 29 de junio de 2007 estima la demanda interpuesta por nueve ciudadanos noruegos (cinco padres y cuatro hijos pertenecientes a la Asociación Humanista Noruega), ante la negativa de las autoridades nacionales a conceder a sus hijos la exención total de una asignatura incluida en el programa de enseñanza con carácter obligatorio, llamada *Conocimiento cristiano y educación religiosa y moral*, cuyo contenido es el estudio del cristianismo (que ellos no profesan), la religión y la filosofía. El Tribunal examina si la materia se imparte de forma neutra y objetiva y si se contempla la posibilidad de exención de la materia o de «elección no discriminatoria que corresponda a los deseos de los padres y tutores». En el caso *Hasan y Eylem Zengin contra Turquía*, la sentencia de 9 de octubre de 2007 estima también la demanda interpuesta contra la República turca por estos dos ciudadanos (padre e hija), pertenecientes a la confesión de los alevitas, contra la negativa de la administración a admitir la solicitud de que Eylem Zengin fuera dispensada de la asignatura obligatoria (salvo para los alumnos de religión cristiana o judía, que quedan eximidos de la materia) de cultura religiosa y conocimiento moral, por entender que la programación escolar incumple los criterios de objetividad y pluralismo y el respeto a las

---

<sup>14</sup> Un detenido análisis de estas sentencias puede verse en M.A. Jurdado - S. Cañamares, La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Folgero v. Noruega* y J. Martínez-Torrón, La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente Jurisprudencia de Estrasburgo, ambos trabajos publicados en *RGDCDEE* número 15, octubre 2007.

convicciones religiosas y filosóficas de los padres, por lo que vulnera los derechos garantizados por el art. 2 del Protocolo I y del art. 9 del Convenio.

En los dos casos, el Tribunal estimó que se había producido una violación del derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas e ideológicas, después de comprobar dos cuestiones: primera, la falta de neutralidad de la materia cuya exención se solicita, pues del examen de los currículos y de los libros de texto aportados, se infiere que el objetivo perseguido por la materia no es ofrecer una información neutra y objetiva y, segunda, que no se arbitran medios adecuados para dispensar de la materia a los alumnos cuyos padres aleguen que dicha educación no es conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas.

### **3.2. El derecho de los padres a elegir para sus hijos el tipo de educación conforme a sus convicciones morales y religiosas, en la jurisprudencia española**

En España, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos, conforme a sus convicciones, se ha hecho valer ante los tribunales desde planteamientos y perspectivas diversas: en algunos casos, los padres se han negado a escolarizar a sus hijos, o a hacerlo en un centro autorizado, por entender que la enseñanza institucionalizada, tal como está concebida en nuestro país, vulnera el derecho de padres e hijos a que éstos reciban una determinada instrucción moral; en otros casos, los padres han invocado una expresión concreta del derecho a la educación y a elegir el tipo de enseñanza que sea conforme con sus convicciones personales, cual es el derecho a la elección de centro docente para sus hijos, o a un modelo educativo concreto; y por último, también encontramos casos en que la Jurisprudencia se ha tenido que pronunciar acerca de las consecuencias de la negativa, por parte de los padres —incluso de los menores— a que sus hijos sujetos a patria potestad reciban unas enseñanzas obligatorias que son contrarias a las convicciones religiosas y morales de los padres y de los propios hijos.

#### *3.2.1. Negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores, invocando el derecho a elegir el tipo de educación de acuerdo con su conciencia: la escuela en casa o home school*

Aunque se trata de un fenómeno relativamente reciente en España, la opción de algunos padres, que se oponen al sistema educativo por razones pedagógico-académicas o por motivos de conciencia, y optan por educar a sus hijos menores de edad en casa, al margen del sistema escolar, no es en absoluto desconocido en países de nuestro entorno, con sociedades cada vez más complejas y plurales. La educación en casa nació en Estados Unidos a mediados de la década de los años 60 del pasado siglo, como parte de un movimiento progresista impulsado por el profesor y pedagogo Hohn Holt. Con el paso del tiempo, el rechazo a la escolarización obligatoria fue convirtiéndose en una auténtica objeción de conciencia por motivos religiosos<sup>15</sup>. En los Estados Unidos constituye

---

<sup>15</sup> M. A. Asensio Sánchez, La objeción de conciencia al sistema escolar: La denominada educación en casa. En *Laicidad y libertades* 6, 2006, p. 13; M.J. Valero, *Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del

una práctica ampliamente admitida desde los años ochenta, y permitida por la legislación de más de cincuenta Estados de la Unión. Así mismo, se trata de una práctica admitida en otros países de nuestro entorno, como Reino Unido y Francia, pero también en otros como Dinamarca, Kenia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda o Indonesia.

En España, sin embargo, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación no contempla excepciones a la escolarización obligatoria<sup>16</sup> y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, establece el deber de poner en conocimiento de la autoridad competente los casos de no escolarización de un menor o su inasistencia habitual e injustificada al centro escolar<sup>17</sup>. La mayor concreción de la obligación escolar la encontramos en la legislación autonómica, en la que se suele definir absentismo escolar como la falta de asistencia regular y continuada del alumnado en edad de escolaridad obligatoria a los centros docentes donde se encuentre escolarizado, sin motivo que lo justifique<sup>18</sup>. El absentismo escolar puede tener trascendencia penal, pues la no escolarización de menores puede ser constitutiva de delito de *abandono* de familia, tipificado en el art. 226 del Código Penal<sup>19</sup>. Sin embargo, en mi opinión, en estos casos, no nos encontramos, sin más, ante un supuesto de absentismo escolar. La motivación y la conducta de los padres diferencian netamente el *homeschooling* de la negligencia o abandono. Éste implica no tanto una negativa al estudio o a su obligatoriedad como a la escolarización o reglamentación que se le asocia.

En mi opinión nos encontramos ante una cuestión sumamente compleja, en la que están implicados factores de muy diversa índole, no sólo de carácter jurídico, sino también de tipo pedagógico. La cuestión de fondo que se plantea en estos casos, y que conecta con el planteamiento inicial de mi trabajo, nos lleva a preguntarnos si realmente el Estado debe regular todos los aspectos relativos a la educación de los menores o debe dejar un mayor margen de libertad y autonomía a las familias y a los centros, garantizando la obtención del título académico correspondientes a cada etapa a quienes cumplan los objeti-

---

art. 27, 3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. En *RGDCDEE* número 28, enero 2012, p. 4.

<sup>16</sup> El art. 4, 2 de la Ley, que no ha sido objeto de modificación por la LOMCE, establece que la enseñanza básica, que es obligatoria y gratuita, «comprende diez años de escolaridad». Y la Disposición Final Primera de la Ley modifica la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación y establece, entre los deberes básicos de los alumnos, asistir a clase con puntualidad, y señala que corresponde a los padres, como primeros responsables de la educación de sus hijos y pupilos, adoptar las medidas necesarias para que éstos asistan regularmente a clase.

<sup>17</sup> Art. 13, 2: «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».

<sup>18</sup> Son numerosas las ordenanzas municipales sobre el absentismo escolar. El Gobierno aprobó, en noviembre 2008, un Plan de reducción del absentismo escolar. La iniciativa se ha visto secundada por planes autonómicos y provinciales. Se han creado comisiones para atajar el alto índice de abandono. Están formadas por diversas instancias con la participación del Ministerio Fiscal. Un análisis de la citada normativa autonómica puede verse en J.M. Martí Sánchez, El «homeschooling» en el Derecho español. En *RGDCDEE* número 25, enero 2011, pp. 18-22.

<sup>19</sup> Se fija una pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses para quien «dejare de cumplir los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar [...]». 2. «El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

vos de la misma. Teniendo en cuenta que todas las medidas que se adopten en materia educativa tienen por objetivo final el interés del menor, la anterior cuestión nos lleva a otra más de fondo: ¿quién debe valorar cuál es el interés del menor en el caso concreto, sus padres, su familia, o las Administraciones públicas? En realidad, creo que la postura que un Estado concreto adopta ante el *homeschooling* constituye un significativo indicador de la confianza que éste otorga a los padres en el campo educativo, teniendo en cuenta que son ellos los primeros responsables de la educación de sus hijos.

En los tribunales españoles, la primera vez que se planteó esta cuestión fue en los años noventa del pasado siglo<sup>20</sup>. El Tribunal Constitucional abordó entonces el tema desde la perspectiva de si el incumplimiento de dicha obligación por los padres, justifica la asunción de la tutela de los menores por parte de la administración. El asunto fue dirimido por la STC 260/1994, de 3 octubre. Ante la no escolarización de un grupo de niños (concretamente 23) por parte de sus padres, todos ellos miembros de la organización denominada *Niños de Dios*, la Generalidad de Cataluña solicitó ante el Juzgado la tutela de los menores, por entender que se encontraban en situación de desamparo, ya que se les estaba privando del derecho a una educación integral, y así proceder a su escolarización. Los padres alegaban al respecto que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia. Pero el Juzgado estimó la solicitud de la Generalidad, al considerar que el art. 27. 3 de la CE ha de confrontarse con los deberes que la patria potestad conlleva, y cuando la educación impartida impida o limite sustancialmente el pleno desarrollo del menor nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paterno-filiales y ante una posible situación de desamparo, presupuesto para la asunción de la tutela legal por la entidad pública competente. Tiene en cuenta, además, que la asociación a la que pertenecen los padres es una secta, contra la que se está siguiendo un proceso penal, lo que apoya además la situación de desamparo en que se encuentran los menores. En consecuencia, dictó los correspondientes autos, y otorgó a la Administración la tutela de los niños, que fueron escolarizados, y la correspondiente desposesión de la patria potestad de los padres.

Habiendo apelado los padres, la Audiencia Provincial estimó sus pretensiones, argumentando que, a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, la determinación de lo que deba entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Entendió que no existía prueba suficiente de que la comunidad «Niños de Dios» fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, «*escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país*». Se señaló, por último, que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros, «*rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado*» y que, en definitiva, debía «*prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos*».

---

<sup>20</sup> Vid. L. Ruano Espina, El derecho a elegir, en el ámbito escolar..., cit., pp. 30-35.

Esta resolución fue recurrida en amparo por la Generalidad, recurso que fue desestimado por el Tribunal Constitucional, aunque renunció a tratar el fondo del asunto, y centró los términos del debate en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas habían incurrido o no en infracción del derecho a la educación establecido en el art. 27 de la Constitución<sup>21</sup>. La sentencia admite que, aunque *«el derecho que ahora se invoca fue esgrimido ante la jurisdicción ordinaria en el marco de un debate más amplio, en el que lo que esencialmente se discutía era si concurrían o no las circunstancias legalmente exigidas a los efectos de atribuir a la Generalidad de Cataluña la tutela legal de los menores... el juicio que le ha merecido a la Audiencia las circunstancias personales y familiares de los menores es cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal...»*. Así pues, estima que *«los autos impugnados, con absoluta independencia de las consideraciones y juicios de valor incorporados a sus fundamentos..., no han impedido la escolarización de los menores —único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado—, sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad... La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela, y correspondiente desposesión de la patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación»*. Y concluye: *«Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos»* (Fundamento Jurídico 2°).

El Ministerio Fiscal había recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, pero la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1669/1994 de 30 octubre desestimó el recurso y entendió que *«el derecho fundamental a la educación com-*

---

<sup>21</sup> La sentencia tuvo un voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra, en cuya opinión el Tribunal debió haber entrado en el fondo del asunto y haber declarado que la resolución impugnada infringe el derecho a la educación del art. 27, 1 de la Constitución, porque lo que en realidad se plantea es el novedoso problema de determinar si el derecho a la educación *«consiste en la total libertad de los padres para orientar a los hijos hacia convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática (...) —en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la libertad ideológica y religiosa del art. 16, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27, 3— o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente»*. En su opinión, el art. 27, 1 contempla el segundo de estos derechos, cuyo titular originario son los niños, pero entiende que el problema que plantea el caso en cuestión es el de un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por la Generalidad Catalana. Y concluye: *«es cierto que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (...) la religión que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al colegio religioso que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación religiosa que se adecue a sus convicciones.. pero en mi opinión la libertad religiosa no ampara 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»*.

*promete 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».* No obstante —añadía— si bien la familia es un ámbito de relación que puede contribuir a la formación integral de la persona, limita la posibilidad de interrelaciones personales y sociales necesarias en una sociedad abierta y competitiva, por lo que se puede discrepar de la elección efectuada por los padres de los menores en estos casos.

En el ámbito de la Jurisprudencia menor, la Audiencia Provincial de Granada volvió a pronunciarse sobre un tema similar, aunque en este caso en el ámbito de la Jurisdicción penal, en la sentencia 112/1996, de 29 de febrero, que revocó la sentencia del Juzgado de Instrucción de Menores de Granada, por la que se condenaba a una madre como autora de una falta del art. 584, 1º del Código Penal, por no haber escolarizado a sus hijos en un centro reconocido educacional. La Audiencia se apoyó en la fundamentación de las sentencias del TS y TC antes citadas, y estimó que *«la Constitución ha colocado la libertad en el pórtico de entrada, el catálogo de derechos y deberes y considera el libre desarrollo de la personalidad como sustento y fundamento del orden político y de paz social, imperando el principio de libertad de enseñanza, debiéndose orientar hacia el pleno desarrollo de la personalidad y formar a los individuos en modelos de tolerancia y convivencia, teniendo cauce en el seno de una sociedad plural en la que existen otros valores como la libertad ideológica y de conciencia que permite a los padres elegir la formación que esté más acorde con sus convicciones».* Subrayó que *«el ser humano tiene gran capacidad de libertad para elegir el camino que estime más adecuado para su formación, permitiéndole ser convencional o apartarse de las reglas estatuidas y que el niño es un ser inermes que recibe de los padres y su entorno todo género de temores y complejos, y proclamar la superioridad de un sistema educativo sobre otro debe basarse en presupuestos psicológicos, sociológicos, culturales y morales».* Por ello, el Tribunal estimó que trasladar estos factores al campo del derecho penal es una tarea difícil e insegura, pues éste sigue siendo la última línea de actuación, que sólo está justificada cuando existe un daño efectivo, real y trascendente. *«El Juez no puede entrar en el santuario de las creencias personales y en el marco de las relaciones personales...»* (FJ 3º). La cuestión de si existe un derecho público subjetivo de libertad, materializado en la posibilidad de creación de centros de enseñanzas, o ese derecho de libertad de educación se constriñe a 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 (FJ 4º). En el caso en cuestión quedó demostrado que la asociación o agrupación en la que los niños recibían la formación no tenía autorización oficial, pero lo cierto es que *«allí se realiza la prestación de una educación según modelo y plan de no sólo de autonomía creación sino contando con asesoramiento y utilizando sistemas similares a los de la LOGSE».* Por todo ello, se entendió que la conducta de la madre no entraba en el tipo penal, por lo que debía ser absuelta.

Una cuestión similar se planteó en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre. El supuesto de hecho que dio lugar al pronunciamiento judicial es el siguiente: la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales

de la Junta de Andalucía declaró en situación legal de desamparo a un menor, que había sido internado por su padre en la llamada *Colonia Niño Sergio*<sup>22</sup>, y asumió *ex lege* su tutela, apoyándose en que dicho internamiento había supuesto la ruptura de toda comunicación del menor con su progenitor, amén de la labor inquisitorial de dicha entidad con respecto a los menores allí internados. La sentencia hace constar, sin embargo, que tal ruptura no se ha producido, pues de hecho el padre del menor es médico en una localidad cercana, cuya proximidad le permite visitas frecuentes a la Colonia. Pero además, recuerda que el art. 27.3 de la Constitución garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y afirma: *«repárese en que no es sólo religioso sino también moral, y por esto último ha de entenderse el conjunto de reglas de conducta propuestas por una determinada doctrina o inherente a determinada condición, según es de ver en la definición que de tal término se presenta en cualquier enciclopedia. Y justo eso es lo que hizo el padre: elegir la formación moral que, conforme a sus propias convicciones, se imparte en la colonia... ya el hecho de que el padre quiera para su hijo esa concreta formación, porque la considere más completa que la convencional y mayoritaria en nuestro entorno cultural, indica un interés en que su hijo reciba, desde sus convicciones, art. 27.3 de la Constitución citado, 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»* (FJ 3º). En definitiva, la Audiencia Provincial consideró que no existía situación de desamparo, por lo que estimó el recurso y dejó sin efecto la Resolución de la Administración.

La cuestión de la negativa de unos padres a escolarizar a sus hijos, se ha vuelto a abordar por la Audiencia Provincial de Málaga, en la sentencia 548/2005, de 6 de junio. El Ministerio Fiscal presentó demanda contra tres grupos de padres, que se habían negado a escolarizar a sus hijos, pretensión que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Coín, que ordenó la escolarización obligatoria de los 5 menores por sentencia de 5 de mayo de 2003. Contra esta sentencia, los padres interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, alegando que *«en el ámbito de la libertad de educación lo que se plantea es una cuestión de inconstitucionalidad referida a la obligatoriedad de la escolarización que no es lo mismo y que no es necesaria cuando la enseñanza se imparte de forma domiciliaria»*, por lo que se entiende infringido el art. 27 de la Constitución, y modificada la *causa petendi*, ya que el Fiscal no pidió en su demanda sino que se cumpliese el mandato del art. 154 del Código civil. El recurso fue desestimado, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia.

La sentencia centra el objeto del debate en los siguientes términos: se trata de determinar, por una parte, si las clases que los padres dan a sus hijos en el seno de la familia bastan para cumplir el mandato constitucional, sin necesidad ni obligación de hacer uso de centros autorizados y homologados, o si la enseñanza de los progenitores ha de completar o ser completada por la oficial, teniendo en cuenta que a la edad de los menores debe ser gratuita y obligatoria la enseñanza básica. Pero además, se plantea en el presente recurso el problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la total libertad de los padres para orientar a los hijos *«hacia las convicciones morales, religiosas*

---

<sup>22</sup> La Colonia del Niño Sergio, que en el momento en que se produjo la intervención de la Junta de Andalucía, estaba integrada por seis adultos y dieciséis niños, pertenece a un grupo más amplio denominado *Gran Fraternidad Universal*, fundado en Venezuela por el francés Serge Raynaud de la Ferrière.

*o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática, en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la libertad ideológica y religiosa del art. 16 de la Constitución, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27, 3», o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización. Así planteado el objeto del recurso, la audiencia admite que en el presente caso se plantea un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres, que según los magistrados «subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de enseñanza en el seno de una o varias familias» y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por el Ministerio Fiscal. Y resuelve dicho conflicto de intereses de la forma siguiente: «la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (matrimonio o unión de hecho) la enseñanza que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al colegio que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación que mejor se adecue a sus convicciones; pero tal derecho 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».*

Los padres recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, que por vez primera entró a valorar el fondo de la cuestión, pero denegó el amparo en la sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, apoyando su fallo en la siguiente argumentación: el Tribunal realiza, con carácter preliminar, una observación previa y aclara que no existe laguna normativa acerca de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria, pues dicha cuestión ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, en el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, vigente en el momento en que se dicta la sentencia recurrida. Por tanto, la conducta de los padres recurrentes en amparo «supone el incumplimiento de un deber legal —integrado, además, en la patria potestad— que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica». Añade la sentencia que la facultad de los padres de elegir una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria no está comprendida en el art. 27 de la CE. «La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden». El art. 27, 3 faculta a los padres para elegir el centro docente y la educación religiosa y moral pero «no alcanza a proteger... 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». El Tribunal realiza una interpretación restrictiva de los arts. 26, 3 de la DUDH y 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y concluye que las opciones pedagógicas a las que alude dicho precepto deben entenderse referidas a las que resulten de convicciones religiosas o filosóficas.

El art. 27, 4 de la Constitución establece, ciertamente, que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un período de escolarización obligatoria. El legislador ordinario podía haber optado, por tanto, por una configuración del sistema de enseñanza distinto, pero no lo ha hecho, sino que

ha impuesto la escolaridad obligatoria. Por tanto, no existe en estos casos una laguna normativa, y la imposición del deber de escolarización de los niños entre seis y dieciséis años constituye un límite incorporado por el legislador. En definitiva, el Tribunal Constitucional reitera la doctrina ya sentada por el TEDH en la sentencia del caso Konrad contra Alemania, y sostiene 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»*. Pero la escolarización obligatoria *«no impide a los padres influir en la educación de sus hijos, tanto dentro como fuera de la escuela, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido... La escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres de su derecho a ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas»*.

### 3.2.2. *El derecho a la elección de centro docente*

En el ejercicio del derecho que asiste a los padres, éstos deberían poder elegir el centro escolar donde quieren que sus hijos reciban una educación que sea conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas. Sin embargo, el ejercicio real de este derecho no siempre puede hacerse efectivo, porque puede entrar en conflicto con los límites que imponen la ratio de alumnos legalmente establecida y la necesaria concurrencia de los criterios de admisión debidamente acordados. La solicitud de amparo judicial del derecho a la elección de centro ha dado lugar a numerosos litigios en que los Tribunales de justicia hayan tenido que pronunciarse acerca de si es o no conforme a Derecho la decisión de la Administración de inadmitir la solicitud de los padres de que sus hijos sean escolarizados en un determinado centro escolar, elegido para la educación de sus hijos, conforme a sus convicciones —en base a que el ideario del centro, religioso o laico— y en el ejercicio del derecho que el ordenamiento jurídico les reconoce.

La cuestión, en la mayoría de los casos, no es de fácil resolución, porque se hace necesaria la adecuada ponderación de los intereses en conflicto, que contrapone, por una parte, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, la conveniencia de no escolarizar a los hermanos en centros distintos, contra la voluntad de los padres, el perjuicio de todo tipo que pudiera irrogarse al niño en caso de cambios sucesivos del entorno educativo y, por otra, la existencia de la limitación legal de la ratio de alumnos por unidad escolar o la necesaria concurrencia, en cada caso, de los criterios de admisión vigentes. Pese a que la formulación del derecho de los padres es suficientemente clara, el desfase muchas veces existente entre el número de plazas escolares disponibles y el de candidatos a ocuparlas está siendo fuente de numerosos conflictos.

En Andalucía, que es probablemente la Comunidad Autónoma donde se ha planteado el mayor número de litigios, el Tribunal Superior de Justicia venía reconociendo, ya desde el año 2007, que el criterio legal de la ratio de alumnos por aula debe supeditarse al derecho constitucional de los padres, cuando el criterio determinante de la elección de centro radica en el ideario religioso y moral del mismo. En aplicación de este

criterio, varias decenas de sentencias han obligado a escolarizar a los menores en el centro elegido por los padres, si bien el Tribunal siempre ha defendido la necesidad de resolver cada caso atendiendo a las peculiaridades que presenta.

Por ilustrar con algún ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA) de 21 de mayo de 2008, estimó la pretensión de los padres, contra la decisión de la Administración que les había negado el derecho a que su hijo inicie sus estudios en el Colegio Concertado Santa Ana de Sevilla, elegido en virtud del art. 27, 3 CE, y en el que han sido admitidos sus hermanos, por falta de plazas suficientes. El Tribunal, ponderados los intereses en conflicto, da primacía al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y afirma que *«no existe dato objetivo que determine el perjuicio del interés general por la mayor escolarización de menores en el centro»* (FJ 3º). Afirma la sentencia que *«frente a la solemne proclamación, en orden al derecho a la educación y sus manifestaciones, que el Art. 27 de la Constitución formula, resulta sumamente lamentable la realidad cotidiana de la gran proliferación de litigios provocados por el desfase existente entre el número de plazas escolares disponibles, y el de candidatos a ocuparlas... Ésta y no otra es la razón de ser de este proceso, que nos enseña la penosa realidad de unos niños a los que, pese al decir solemne de la Constitución, se les niega el derecho a iniciar sus estudios en el Colegio que sus padres eligen, por falta de plazas bastantes, y en el que si han sido admitidos los propios hermanos. Ello nos obliga a estimar el recurso, y por lo mismo, a estimar en lo esencial las demandas»* (FJ 4º).

Pero también los juzgados y tribunales de otras Comunidades Autónomas han hecho primar el derecho de los padres, cuando éste entra en conflicto con otros intereses jurídicos también dignos de protección. Puede resultar clarificadora a este respecto una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Barcelona, de 10 de septiembre de 2008, por la que se estimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto unos padres, que hacían valer su derecho a elegir libremente la escuela para su hija, por responder al ideario deseado. El Letrado de la Generalidad de Cataluña se apoyó, para denegar la solicitud, en una doble argumentación: por una parte, en que en el colegio público donde ha sido escolarizado el menor, hay plazas suficientes y, por otro, la prevalencia del derecho a la educación, sobre el derecho de los padres a la libre elección del centro educativo. Pero la magistrada advierte que, en este caso, la clave de la cuestión que se debate *«radica en el inexcusable y sorprendente desconocimiento, por la Administración demandada, de cuál es el alcance de nuestra Norma Fundamental»*. Manifiesta su estupor, ante la contestación que la Administración hace a la demanda, pues *«cualquier estudiante de segundo de Derecho aprende que la Constitución tiene valor normativo, no programático, y de tal magnitud, que ocupa el primer lugar en la jerarquía de las fuentes del Derecho. Esto es así, precisamente, en garantía de los derechos fundamentales, que lejos de constituir meras declaraciones de intenciones, deben hacerse efectivos sobre cualesquiera normas o actuaciones, públicas y privadas, que los obstaculicen»*. Por ello, no pueden invocarse limitaciones presupuestarias, para denegar a los padres el derecho que les asiste de elegir para sus hijos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, y *«no cabe desnaturalizar los derechos fundamentales, de modo que no se reconozca en ellos su fisonomía propia, como ocurre, sin duda, cuando el derecho a elegir un centro que responda al ideario religioso y moral de los padres, se reduce a la nada, al imponerse a los padres una plaza en el centro que a la Administración le conviene...»*.

La sentencia también matiza que no es lo mismo la libre elección del centro, que la libre elección de la formación religiosa y moral, para los hijos, que esté de acuerdo con las convicciones de los padres, porque «*la Constitución no garantiza lo primero, sino lo segundo, pero para que la imposición a los padres de un centro distinto al elegido, no vulnere el art. 27 de la Constitución, es preciso que el centro impuesto garantice una formación equivalente a la que habían elegido y esto no ocurre en el caso de autos... Debe subrayarse, que la opción religiosa y moral es básica cuando de educación se trata y, por lo tanto, no puede pretender la Administración demandada, que puede cubrirse esa expectativa de los padres de cualquier manera, o simplemente desconociéndola, por razones tan prosaicas como la del respeto de unos cupos fijados en función no de la demanda real de los padres, sino de las preferencias de la Administración educativa por un determinado modelo de escuela. Incluso dejando de lado el aspecto religioso, implicado en este caso*». En consecuencia, la sentencia estimó el recurso y declaró el derecho de la menor a ser escolarizada de inmediato en la escuela elegida.

Sin embargo, el TSJA, en una sentencia el 9 febrero 2012, ha dado un giro a la doctrina que venía manteniendo. Esta decisión trae causa del recurso interpuesto por la Federación *Educación y Gestión Andaluza*, contra el Decreto de la Junta de Andalucía, por el que se fijan los criterios y el procedimiento de admisión de los alumnos<sup>23</sup>. El fundamento de la sentencia, que desestima el recurso, se apoya en que la dimensión constitucional del derecho a la libre elección de centro docente se agota en la manifestación de preferencia que entraña la presentación de la solicitud de admisión en un centro concreto, pero lo que en realidad se garantiza constitucionalmente es la posibilidad de elección y no el acceso efectivo. Y añade que la denegación de admisión en un concreto centro privado concertado, no implica infracción del art. 27 de la Constitución, ni afecta al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que se halle de acuerdo con sus convicciones, porque el derecho a obtener una enseñanza básica gratuita, que nadie niega, no comprende el que se presente en un centro determinado.

El Tribunal Supremo ha dictado una importante sentencia el 30 de marzo de 2012, en el recurso de casación en interés de Ley Núm. 94/2010, en la que fija la siguiente doctrina legal: «*No es posible el aumento judicial de la ratio (para Educación Primaria) en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157,1 a) de la LO 2/2006 de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones*»<sup>24</sup>. El Tribunal sostiene que la discrepancia respecto al contenido de un precepto legal no permite su inaplicación sino, en su caso, el planteamiento de la correspondiente cuestión de constitucionalidad. Sin embargo, el TSJA ha inaplicado una disposición de rango legal sin cuestionar la constitucionalidad de la norma, con grave quebranto del equilibrio en la admisión de alumnos querido por el legislador.

---

<sup>23</sup> No he podido tener acceso a la sentencia, aunque se hicieron eco de su contenido y fallo diversos medios de comunicación. Puede verse la noticia en [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/02/17/andalucia/1329510146\\_838652.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/02/17/andalucia/1329510146_838652.html). (consultado, 09/03/2012)

<sup>24</sup> El TS entiende que la limitación de la ratio de alumnos por curso ha gozado de cobertura en la interpretación constitucional, por lo que cualquier discrepancia con tal regulación habría de comportar el planteamiento de cuestión de constitucionalidad pero no una interpretación que llevara aparejada la preferencia de los derechos de los padres sobre la regulación legalmente establecida, so pretexto de una lesión de derecho constitucional que el máximo intérprete no ha reputado absoluto (FJ 7.º).

A raíz de esta sentencia, el TSJA, en contra del criterio que defendió durante años, sostiene, en sus últimos pronunciamientos, que el derecho de elección de centro docente, como parte del derecho a la educación del art. 27 de la Constitución «no es un derecho absoluto, sino que tiene límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, básicamente la disponibilidad de plazas escolares... El único deber absoluto de los Poderes Públicos es el de asegurar a todos los niños una plaza en la educación gratuita, quedando el derecho a la elección de centro supeditada a la disponibilidad de plazas» Por tanto, concluye que no se puede considerar vulnerado el derecho a la elección de Centro, siendo distinto que la elección pueda o no ser satisfecha, en función de la existencia o no de plazas<sup>25</sup>.

### 3.2.3. Breve referencia a la educación diferenciada

En España, a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de General del Sistema Educativo (LOGSE) se fue imponiendo un único modelo educativo —la educación mixta—, como si se tratara de un dogma intocable, vinculado a ciertos prejuicios que asociaban la educación diferenciada con una determinada concepción confesional de los modelos sexuales, de forma que los padres carecen de libertad para elegir el modelo de educación, mixta o diferenciada, en los centros públicos. En la actualidad, apenas el 1% de los centros escolares españoles son de educación separada y ninguno de ellos es público, mientras que los países más desarrollados están optando por las escuelas diferenciadas e impulsando este tipo de educación, como medio eficaz para combatir el fracaso escolar.

En los Estados Unidos, por ejemplo, el presidente Obama ha impulsado la educación diferenciada en la escuela pública como medida para luchar contra el fracaso escolar en más de 500 escuelas de todo el país<sup>26</sup>. La escuela diferenciada se está convirtiendo en un modelo de vanguardia en Europa. En Alemania, varios *Länder*, como el de Berlín y el de Renania del Norte-Westfalia, han impulsado experiencias de educación diferenciada como solución al absentismo masculino.

En el Reino Unido, uno de los países con mayor tradición en educación diferenciada, en las pruebas de Bachillerato (*A-Level*) realizadas durante el curso 2011/2012, los cinco colegios que han obtenido mejores notas son centros que imparten educación diferenciada, según la información recogida por *The Telegraph* entre todas las escuelas públicas (*State school*)<sup>27</sup>. De acuerdo con la *European Association Single-sex Education*, algunos datos significativos que se pueden extraer de estos resultados publicados por el *Telegraph* son, por ejemplo, que siete de los mejores diez colegios en las pruebas de Bachillerato en el Reino Unido son de educación diferenciada. Y entre los 50 centros con

<sup>25</sup> Sentencia del TSJA núm. 553/2012, de 17 de mayo, Rec. Núm. 185/2012, FJ 2.º.

<sup>26</sup> Según manifestaciones de Xavier Prats, responsable de comunicación de Fomento de Centros de Enseñanza, a EASSE, hay experiencias, como las «*Urban Prep Charter*», de Chicago, que han llegado a cuotas de éxito escolar de casi el 100%. La receta ha consistido en transformar escuelas mixtas con un alto grado de fracaso escolar en diferenciadas. (manifestaciones publicadas en el *Newsletter* de marzo de 2012, pág. 6. Puede verse también en el diario *ABC* 4 febrero 2012 <http://www.abc.es/20120204/sociedad/abcp-wert-mantendra-financiacion-colegios-20120204.html>).

<sup>27</sup> El Informe del *Telegraph* puede encontrarse en la página web <http://www.telegraph.co.uk/education/leaguetales/9482674/A-Level-results-2012-results-from-427-state-schools.html> (consultado, 13/11/2012)

mejores notas en estas pruebas, sólo se encuentran 15 de enseñanza mixta. A pesar de que las notas hayan sido peores que en anteriores ocasiones, los centros públicos de educación diferenciada han mantenido sus buenos resultados y siguen siendo una referencia escolar en el Reino Unido. Algo similar ocurre en la educación en Canadá, donde de los veinte centros de enseñanza con resultados académicos más brillantes, más de la mitad son exclusivos para niños o niñas<sup>28</sup>.

Según la profesora María Calvo, presidenta de la Asociación Europea de Centros de Educación Diferenciada, «en los colegios mixtos los estereotipos se refuerzan. El varón, más inmaduro que las niñas de su misma edad, vive como dominado por ellas, ya que le aventajan en destrezas verbales, maduración y responsabilidad. Ante esto, muchos niños reaccionan a la contra, con excesos de violencia y actitudes machistas. Los comportamientos estereotipados y discriminatorios están a la orden del día en las escuelas mixtas, dificultando la convivencia en el aula, que se llena de tensiones y conflictos»<sup>29</sup>.

Volviendo a nuestro país, pese a haberse impuesto un único modelo educativo desde la Administración, lo cierto es que buena parte de los colegios de educación separada, creados por iniciativa privada, lograron conciertos con las distintas Administraciones autonómicas, sin problemas. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la LO 2/2006 de Educación, algunas administraciones educativas, en Murcia, Asturias, Cantabria y Andalucía, han rechazado los conciertos y denegado la solicitud de renovación de los colegios que no son mixtos. Su argumentación radica en que el art. 84, 3 LOE, al regular los criterios de admisión de los alumnos, ha prohibido la discriminación por razón de sexo.

Esta postura fue respaldada por el Tribunal Supremo en algunas sentencias aisladas. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo ya había negado su amparo a los centros privados concertados de educación diferenciada por sentencia de 28 mayo 2007, en respuesta al recurso de casación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha contra la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 10 noviembre 2004<sup>30</sup>, y en otra de 24 febrero 2010. Pero más recientemente se ha vuelto a pronunciar sobre el tema, estimando la pretensión de no renovación de los conciertos de las Comunidades Autónomas de Cantabria y Andalucía, en las sentencias de 23 y 24 de julio de 2012<sup>31</sup>. En ellas se reconoce que la educación separada por sexos es tan legítima como la coeducación y además es conforme con la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 14 diciembre 1960<sup>32</sup>, pero la LOE, en su art. 84, 3 ha excluido la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir la discriminación por razón de sexo, en la regulación de los criterios de admisión de los alumnos. Sin embargo, afirma que esa imposibilidad de obtener conciertos para esos centros no perturba el derecho constitucional de elección de los padres ni el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio.

---

<sup>28</sup> El análisis del citado informe, realizado por la *European Association Single-sex Education*, puede encontrarse en la web <http://www.easse.org/leerart.php?idoc=309> (consultado, 15/09/2012)

<sup>29</sup> *ABC* 4 febrero 2012, cit.

<sup>30</sup> Vid. G. Moreno Botella, Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro. En *RGDCDEE* número 20, mayo 2009.

<sup>31</sup> SsTS 5492/2012, de 23 de julio, Rec.de Casación núm. 4591/2011 y 5498/2012, de 24 de julio, Rec. de Casación núm. 5423/2011.

<sup>32</sup> Vid. nota 8.

La interpretación que hace el Tribunal Supremo, y que es ciertamente discutible, radica en considerar que la educación diferenciada es discriminatoria por razón de sexo. Sin embargo, no parece razonable que pueda establecerse sin más esa identidad. La citada Convención de la UNESCO señala que «no serán consideradas como constitutivas de discriminación: la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes en el acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes». Por tanto, puede entenderse que los centros de educación diferenciada no generan discriminación por razón de sexo cuando el titular de los mismos ofrezca colegios similares para niños y niñas<sup>33</sup>.

La *Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa*, en la redacción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de octubre de 2013, y que se encuentra en tramitación en el Senado, ya contempla de forma expresa la posibilidad de que los centros de educación diferenciada por sexos puedan suscribir conciertos educativos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto por la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

El número cincuenta y nueve de la ley reza así:

El apartado 3 del artículo 84 queda redactado de la siguiente manera: «3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No constituye discriminación la admisión de alumnos o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la enseñanza diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y centros correspondientes un trato menos favorable ni una desventaja a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán justificar de forma objetiva y razonable la elección de dicho sistema, así como la implantación de medidas académicas para favorecer la igualdad»<sup>34</sup>.

#### 3.2.4. *La oposición de los padres a que sus hijos menores reciban unas enseñanzas obligatorias contrarias a sus convicciones religiosas y morales*

En la Jurisprudencia española se ha planteado en diversos casos la negativa de los padres a que sus hijos menores no emancipados reciban unas enseñanzas concretas por ser contrarias a sus convicciones religiosas y morales. Esta cuestión ha sido abordada por los Tribunales con respecto a dos tipos de materias: en un caso, se trataba de la oposición de los padres a que su hija recibiera un curso de educación sexual, en el marco

---

<sup>33</sup> En este mismo sentido se expresa el voto particular a sendas sentencias del Tribunal Supremo formulado por el magistrado D. Antonio Martí García.

<sup>34</sup> *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, 16 octubre 2013, p. 36.

de una asignatura obligatoria, y en segundo lugar se ha planteado la objeción de conciencia en el ámbito educativo, con motivo de la implantación de la materia denominada *Educación para la Ciudadanía*, que ha provocado un verdadero aluvión de recursos judiciales ante los Tribunales de Justicia.

#### 3.2.4.1. La negativa a recibir educación sexual integrada en una asignatura obligatoria

La primera vez que se planteó esta cuestión fue en el año 1997, cuando los padres de una menor de 13 ó 14 años se negaron a que su hija, que estudiaba 8º curso de EGB en un colegio público de un pueblo de Cantabria. Como ya hemos explicado en páginas anteriores, el profesor de Ciencias Naturales, en el marco de la materia *«funciones vitales»*, impartió un curso de sexualidad humana utilizando como soporte pedagógico un folleto editado por el Departamento de Educación del Gobierno autonómico. Pese a que fue oportunamente informado el director del Centro, en el que el propio padre trabajaba, de que la menor no asistiría al curso de educación sexual, la niña suspendió y tuvo que repetir curso escolar, pero la calificación fue recurrida ante la Dirección Provincial de Educación y Cultura en Cantabria, que dictó resolución el 22 de septiembre de 1997, denegatoria de la reclamación. El padre recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que dictó sentencia confirmando la resolución anterior, el 23 de marzo de 1998<sup>35</sup>.

En la sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo desestimó el recurso con apoyo en una argumentación que implica una interpretación claramente restrictiva del derecho a elegir dentro y fuera del ámbito escolar, la educación moral que esté de acuerdo con las propias convicciones religiosas e ideológicas, y evidencia una inadecuada apreciación de los límites de este derecho: estima la Sala que el art. 27 de la Constitución reconoce efectivamente una serie de derechos a favor de todos aquellos que concurren en una misma actividad educativa, lo que determina la posibilidad de existencia de conflictos entre tales derechos, *«que deben resolverse mediante el reconocimiento de límites que sirvan para garantizar las relaciones recíprocas de los intereses en juego»*. Es desde esta perspectiva, del reconocimiento de derechos a todos los integrantes de la comunidad educativa, sometidos a límites, desde la que debe abordarse el problema planteado, porque *«el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones está implicado en el seno de una sociedad plural, un derecho de elección, derecho que se conecta con la creación de centros docentes, de forma tal que se posibilite a los padres la elección del centro que se adecue a sus creencias e ideario, lo que no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a los demás las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un determinado trato diferencial en función de tales convicciones»*.

En conclusión, puesto que el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones morales, religiosas o ideológicas no constituye un derecho ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la Constitución

---

<sup>35</sup> La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero fue rechazada por unanimidad, mediante decisión de inadmisión, de 25 de mayo de 2000, asunto *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*, ya citado.

reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, «no resulta ajustado a Derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante el derecho a la libre creación de centros docentes, centros que pueden sustentar un determinado ideario»

Recurrida la sentencia en amparo ante el Tribunal Constitucional, por Auto de 11 de marzo de 1999 declaró inadmisibile el recurso, por carecer manifiestamente de fundamento, con base en los siguientes motivos: «El artículo 27 de la Constitución española reconoce derechos a todos los que participen en la actividad educativa, lo que supone que en caso de conflicto, habría que analizar una ponderación entre los diferentes intereses que estén en juego. En el presente caso, el Tribunal «a quo» efectuó una ponderación adecuada de los diferentes intereses en conflicto señalando que se trataba de la enseñanza pública. En el contexto de este tipo de enseñanza, la neutralidad ideológica deberá ser respetada, como señaló el Tribunal (...). En este caso, esta neutralidad fue respetada de manera que la ponderación efectuada por el Tribunal «a quo» no fue ni arbitraria ni absurda y, por tanto, no podía ser objeto de una revisión por la vía de amparo (...). No hubo tampoco vulneración al principio de la igualdad enunciada en el artículo 14 de manera que, en apoyo del recurso, no se presenta ningún términos de comparación idóneo».

### 3.2.4.2. La objeción de conciencia frente a la *Educación para la Ciudadanía*

En los últimos años es conocida la reacción social, sin precedentes en nuestro país, que ha provocado la implantación, en el sistema escolar español, de la denominada *Educación para la Ciudadanía* (en adelante, EpC)<sup>36</sup>. La idea de introducir, en el sistema escolar, una materia de Educación para la Ciudadanía, surgió en el seno de la Unión Europea hacia mediados de los años noventa del pasado siglo, en la Segunda Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, que se celebró en Estrasburgo en octubre de 1997. Encontrándose próxima, en aquel momento, la incorporación a Europa de una nutrida población procedente de países del este, fenómeno al que se añadió el incremento masivo de la llegada de inmigrantes musulmanes, de distintos países de tradición islámica, se pensó en la conveniencia de aprovechar el sistema educativo para que todos estos ciudadanos, incorporados a nuestro entorno, aunque ajenos a la cultura europea, aprendieran en la escuela lo que implica un sistema de libertades, propio de los regímenes democráticos, y a tal fin, desarrollar una educación que esté basada

<sup>36</sup> He tenido ocasión de pronunciarme ampliamente sobre el tema en diversos foros y trabajos, a los que me remito ahora. Vid. L. Ruano Espina, *Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía*. *RGDCDEE* número 17, mayo 2008, pp. 1-61; *Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía*. En *Instituciones básicas, Interacciones y Zonas conflictivas de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Actas de las XXVIII Jornadas de Actualidad Canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas, en Madrid 26-28 marzo 2008)*, Madrid 2008, pp. 251-329; *La libertad de conciencia y el obligado sometimiento a la ley*. En *Estudios Eclesiásticos*, vol. 84, 2009, Núm. 331, pp. 663-699; *La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía: su cobertura jurídica y su realidad social*. En *Educación para la Ciudadanía: razones y reacciones*, Salamanca, 2010, pp. 133-174 y 253-278; *La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía: su cobertura jurídica*. En *II Jornadas de Actualización canónica. Matrimonio*, Albacete, 2010, pp. 59-148.

en los derechos y responsabilidades de los ciudadanos y la participación de los jóvenes en la sociedad civil.

Con este objetivo, y ante el deseo de los Ministros Europeos de Educación, expresamente manifestado en la 20.<sup>a</sup> Sesión de la Conferencia Permanente celebrada en el año 2000, el Comité de Ministros elaboró una recomendación al respecto, la conocida Recomendación (2002) 12, *Educación para la Ciudadanía Democrática 2001-2004*<sup>37</sup>, en la que se delimitaba de forma muy general el concepto de la educación para la ciudadanía democrática: «abarca toda actividad educativa, incluida la de la familia, que permite a la persona actuar, a lo largo de toda su vida, como un ciudadano activo y responsable, respetuoso de los derechos de los demás». Y entre los objetivos y contenidos pedagógicos de la educación para la ciudadanía democrática, la Recomendación establecía que se puede incluir, a modo de ejemplo, la educación cívica, la educación política o la educación relativa a los derechos humanos.

Pero el noble objetivo con que nació EpC en Europa, quedó desfigurado en España, donde la materia apareció, desde el principio, enmarcada en un determinado contexto socio-político, afín a una determinada corriente de pensamiento cada vez más extendida, y cargada de evidentes connotaciones ideológicas y también políticas. Los propios responsables de la creación y desarrollo de la materia dejaron claro, desde el primer momento, que el fin perseguido con su implantación es la formación de las conciencias de los alumnos, sobre la base de unos valores que, se considera, forman parte de un mínimo común ético. La materia fue introducida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y engloba cuatro asignaturas a impartir en los tres ciclos: en Educación Primaria —*Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos*—, en la Educación Secundaria Obligatoria (se incluyeron dos materias, la *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos* y la *Educación ético-cívica*) y en Bachillerato (*Filosofía y Ciudadanía*).

Dado que corresponde al Gobierno regular los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas, el Gobierno promulgó tres Reales Decretos, por los que se establecieron las enseñanzas mínimas en Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato<sup>38</sup>. Pese a que los Dictámenes del Consejo de Estado que precedieron a la aprobación de estas normas, habían advertido claramente que «no puede formar parte de los aspectos básicos del sistema educativo, sustraídos a la libertad de enseñanza garantizada en el artículo 27 de la Constitución, la difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables en el orden constitucional»<sup>39</sup>, lo cierto es que la materia, tal como quedó configurada en España, constituía un

<sup>37</sup> Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la educación para la ciudadanía democrática, adoptada el 16 de octubre de 2002 en la 812.<sup>a</sup> reunión de los representantes de los Ministros. DGIV/EDU/CIT (2002) 38: [http://www.coe.int/t/dg4/education/edcl/Source/Pdf/Document/By\\_Country/Spain/2002\\_38\\_Rec2002\\_12\\_Es.PDF](http://www.coe.int/t/dg4/education/edcl/Source/Pdf/Document/By_Country/Spain/2002_38_Rec2002_12_Es.PDF). (consultado, 09/11/2012)

<sup>38</sup> Real Decreto 1513/2006, de 7 diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria (BOE núm. 293, de 8 diciembre 2006); Real Decreto 1631/2006, de 29 diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (BOE núm. 5, de 5 enero 2007) y Real Decreto 1467/2007, de 2 noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas (BOE núm. 266, de 6 noviembre 2007).

<sup>39</sup> Dictámenes del Consejo de Estado 2234/2006, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Primaria, de 23 noviembre 2006 (BOE de 8 diciembre 2006), y Dictamen 2521/2006 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Secundaria Obligatoria, de 21 diciembre 2006. Sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se

instrumento pedagógico para la construcción de una conciencia moral y cívica en los alumnos, apoyada en unos presupuestos antropológicos y unos postulados ideológicos, que son discutibles y no todos los ciudadanos comparten, por lo que no pueden imponerse con carácter obligatorio a través del sistema educativo, que tiene que estar presidido por el principio de neutralidad y la proscripción de todo tipo de adoctrinamiento ideológico.

Por esta razón, muchos padres se opusieron a que sus hijos cursaran esta materia, por entender que, tal como estaba configurada en las citadas normas reglamentarias, constituye un instrumento adoctrinador, y su imposición obligatoria atentaba contra la libertad ideológica y religiosa y vulneraba el derecho fundamental que les asiste, de elegir para sus hijos la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. La peculiaridad que ha presentado este caso, por tanto, es que la oposición de los padres no se formuló respecto a contenidos concretos de la materia, sino a su configuración en bloque, en cuanto que por sus presupuestos, orientaciones, sus objetivos, contenidos y criterios de evaluación colisiona con sus derechos como padres. Y el instrumento que utilizaron para hacer valer ese ámbito de inmunidad, que protege a los alumnos contra el posible adoctrinamiento y la imposición de una formación moral contraria a sus personales convicciones y a las de sus padres, fue la declaración de objeción de conciencia ante la Administración<sup>40</sup>. Pero ante la negativa de la mayoría de las Administraciones autonómicas, a reconocer este derecho de los padres, muchas familias se vieron obligadas a recurrir a los Tribunales de Justicia, reclamando amparo judicial por la vía del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, regulado en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, con resolución muy diversa.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias reconoció la existencia de un derecho a la objeción de conciencia por razones ideológicas o religiosas, que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa recogido en el art. 16, 1 CE, y admitió incluso la posibilidad de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad contra la normativa que regula la EpC. Sin embargo, no estimó la pretensión de los padres por entender que, al concentrarse el procedimiento «ayuno de toda prueba, se desconoce el contenido de las asignaturas a cuya enseñanza se oponen y con ello las enseñanzas que se entienden contrarias a la libertad ideológica...»<sup>41</sup>.

Los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra, Baleares y Cantabria, se pronunciaron en el mismo sentido<sup>42</sup>, aunque apoyándose en una argumentación diferente. Parten de la distinción entre ética pública, que el Estado puede imponer con carácter obligatorio, frente a la ética privada, que viene referida al ámbito de las convicciones íntimas y las creencias personales, cuya elección compete a los padres y los alumnos, en

---

establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas, vid. Dictamen 1631/2007, de 11 octubre 2007.

<sup>40</sup> Llegaron a contabilizarse más de 52.000 objeciones de conciencia en todo el territorio nacional, y más de 2.300 procedimientos judiciales se han tramitado por esta causa.

<sup>41</sup> FJ 5.º, sentencia 197/2008, de 11 de febrero, seguida de otra casi treintena de sentencias idénticas.

<sup>42</sup> Sentencias 465/2008, de 9 de octubre y 562/2008, de 14 de noviembre, ambas del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; 627/2008, de 5 de noviembre, del Tribunal Superior Balear, seguida de otras varias dictadas en el mismo sentido; y sentencias 17/2009, de 16 de enero (Rec. n.º 733/08) y 30 y 31/2009, de 20 de enero de 2009 (recaídas en los Rec. n.º 627/08 y 628/08) del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

el ejercicio de los derechos reconocidos por la propia Constitución. Por otra parte, asumen los valores constitucionales y las prácticas democráticas como referente común ético mínimo, con carácter universal, para las conductas personales y colectivas. Estiman, en definitiva, que no se puede afirmar que la formación de una conciencia cívica que toma como referentes los valores establecidos por la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos entrañe la pretensión de imbuir a los alumnos de ideas, doctrinas o posiciones morales o religiosas que se adentren en lo más íntimo de sus convicciones, sino que sólo se pretende formar a los alumnos en una ética cívica que les habilite para la convivencia. Y esta ética no puede ser neutra, sino que hay que dotar a los menores de unos referentes y valores para vivir en sociedad.

Por el contrario, los Tribunales que estimaron la pretensión de los padres, como los TSJ de Andalucía<sup>43</sup> y La Rioja<sup>44</sup>, así como los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Huesca<sup>45</sup> y Cáceres<sup>46</sup>, se apoyaron en que en los Reales Decretos se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. La lectura de dichos Reglamentos muestra

la elaboración de un tratado o *corpus* de lo que es el individuo y de lo que debe ser, una construcción ideológica de la persona global o integral, en la programación de una enseñanza por parte de las Administraciones Públicas, que es obligatoria para todos los escolares, dirigida explícitamente a la formación moral de los alumnos, lo cual violenta la libertad ideológica y religiosa de las personas y al mismo tiempo el pluralismo político constituido como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Ello implica que se impone a los alumnos, como normas morales, una serie de valores concretos que son los elegidos por el Estado en un determinado momento histórico, erigiéndolo así en adoctrinador de todos los ciudadanos en valores y virtudes cívicas. Se trata, pues, de imponer conductas ajustadas a una moral concreta, no neutra, dando por supuesta una ética cívica o pública distinta de la personal. Pero esa distinción, entre ética pública y privada, no tiene apoyo constitucional, sino que parte de un postulado ideológico. Alegan, además, todas estas sentencias, que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico, un modelo de democracia militante, que imponga no sólo el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico. No se ha exigido por la sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003 a los diputados, cuanto más a niños menores de edad. En definitiva, concluyen que la difusión por el Estado, a través del sistema educativo, de determinadas ideologías, no se ajusta al art. 27. 3 CE que garantiza el derecho de los padres para que

---

<sup>43</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha respaldado el derecho de los padres a oponerse a que sus hijos cursen la materia de *Educación para la Ciudadanía* por ser contraria a sus convicciones religiosas y morales, en casi cuarenta sentencias. Las primeras fueron de 4 de marzo de 2008 (Rec. 787/2007) y de 9 de abril de 2008. Particular importancia tiene la sentencia de 30 de abril de 2008, que estimó el recurso de protección jurisdiccional de derechos fundamentales n.º 519/2007, declaró la nulidad parcial de los decretos autonómicos de desarrollo de la materia y suscitó cuestión de ilegalidad de los Reales Decretos ante el Tribunal Supremo.

<sup>44</sup> Sentencia 156/2008, de 8 de julio, que ha sido reproducida de forma prácticamente idéntica, en otras casi 30 sentencias de fechas 8, 11 y 22 de julio y el 5 de septiembre de 2008.

<sup>45</sup> Sentencias 235/08, de 22 de agosto, 287/08, de 24 de octubre 2008, 329/08, de 4 de diciembre, 340/08 de 15 de diciembre y 355/08 de 22 de diciembre.

<sup>46</sup> Sentencias 211/08, y 212/08, ambas de 10 de diciembre de 2008.

sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, por lo que amparan en estos casos la objeción de conciencia.

Aunque, como vemos, los pronunciamientos de los Tribunales fueron diferentes, todas las sentencias dictadas hasta el momento en que se pronunció el Tribunal Supremo, fueron coincidentes en tres puntos: todas reconocían la existencia del derecho a la objeción de conciencia, derivado del derecho a la libertad ideológica y religiosa consagrado por el art. 16, 1 CE; todas fueron coincidentes en afirmar que la *Educación para la Ciudadanía* incidía en las convicciones morales de los alumnos, al tener como objetivo la formación moral del menor sobre la base de unos valores que forman parte de una ética llamada cívica y, por último, en todos los casos los magistrados advirtieron que, al organizar el sistema educativo, los poderes públicos deben evitar el adoctrinamiento de los escolares.

La mayoría de las sentencias que se dictaron por los Tribunales Superiores de Justicia fueron recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, por la parte cuya pretensión no había sido estimada (los padres en unos casos, la Administración en otros). El Tribunal Supremo se pronunció sobre el tema el 11 febrero 2009 (Rec. n° 905/2008, 948/2008, 949/2008 y 1013/2008), e inadmitió la objeción de conciencia a EpC, aunque no entró en el análisis de los RD que configuran EpC<sup>47</sup>. A estas sentencias han ido sucediéndose otras muchas, que se remiten a ellas, y en las que el TS ha ido anulando las emanadas de los TSJ favorables a la pretensión de los padres.

Se trata de sentencias interpretativas, que concluyen que EpC está ajustada a Derecho siempre y cuando las normas que la regulan, en su ambigüedad y confusión, se interpreten dentro de los límites que la propia Constitución establece y que las propias sentencias aclaran. La argumentación de las sentencias se apoya en una doble premisa: la primera parte de que del art. 16 CE no se deriva un derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes jurídicos válidos, de lo que deducen los magistrados que no existe un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, más que en los casos en que esté reconocido explícitamente por el legislador, teoría que contradice la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y desconoce una nutrida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No se cierra, sin embargo, por completo la puerta al posible reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, por vía legislativa o jurisprudencial, y se admite que en circunstancias verdaderamente excepcionales, pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido.

La segunda premisa hace referencia al papel que la Constitución asigna al Estado en materia de educación, en el art. 27. Pero al interpretar conjuntamente los apartados 2° y 5° de este precepto, las sentencias incurren en un grave error, porque una cosa es afirmar que el Estado tiene competencias en la programación general de la enseñanza, en orden a asegurar que ésta llegue a todos, y pueda contribuir a la consecución del objetivo último que persigue la educación —el pleno desarrollo de la personalidad, en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y a los principios democráticos—, y otra bien distinta es entender que el Estado asume en cuanto tal la actividad educativa. Esta confusión lleva a los magistrados a considerar que la actividad educativa del

---

<sup>47</sup> Para un análisis detenido de estas cuatro sentencias del Tribunal Supremo, vid. L. Ruano Espina, Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 febrero 2009 sobre objeción de conciencia a EpC. En *RGDCDEE* número 20, mayo 2009.

Estado no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales reconocidos por la ley positiva (principalmente la Constitución y las Declaraciones de Derechos) y que forman parte de una ética pública o moral común, en contraposición a la ética privada individual. Pero además, sobre estos valores que forman parte de esa ética común, se considera legítima no sólo la actividad educativa del Estado que comprenda su difusión y transmisión, sino que incluso reconoce legitimidad a los poderes públicos para promover la adhesión del alumno, y al considerar *«lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica»*<sup>48</sup>. Ahora bien, cuando se trate de transmitir valores sobre cuestiones que son objeto de controversia en la sociedad, *«será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público. Estos valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica»*. Sobre dichos valores, que son manifestación del pluralismo en la sociedad, hay que *«informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico.»* y advierten que, cuando la transmisión de valores lleve implícita una formación moral sobre cuestiones controvertidas, los derechos consagrados en los arts 16, 1 y art. 27, 3 CE se erigen en límite a la acción educativa del Estado.

Sin embargo, después de haberse pronunciado el Tribunal Supremo el TSJ de Castilla y León admitió los recursos presentados por los padres, en dos sentencias de 23 septiembre 2009<sup>49</sup>, seguida de más de 300 pronunciamientos idénticos. Se apoyan, fundamentalmente, en que *«la intensa carga ética, moral e ideológica de la asignatura discutida, que emplea conceptos difusos e indeterminados pero con virtualidad bastante para propiciar y producir el efecto indeseable de incidir en la privacidad e intimidad de los alumnos en plena fase de formación y ello con arreglo a unos autocalificados valores éticos comunes»; «su carácter obligatorio, concentrado y vertical, superando la transversalidad multidisciplinaria hasta ahora imperante»; «el confesado propósito de reconstrucción (no sólo de construcción) de valores en orden a la influencia en los comportamientos y actitudes, habilidades y destrezas de los menores —conciencias, sentimientos, relaciones inter-*

<sup>48</sup> Ello implica, como varios magistrados discrepantes han señalado en sus votos particulares, un «adoctrinamiento en toda regla» (vid. voto particular formulado por D. Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhieren D. Mariano de Oro-Pulido López y D. Pedro José Yagüe Gil. En el mismo sentido, el voto particular formulado por D. Manuel Campos Sánchez-Bordona) y excede el contenido del art. 27, 2 CE, que se limita a exigir el respeto a los principios democráticos y a los derechos y deberes fundamentales y contradice la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Constitucional, que afirma que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante.

El Tribunal Constitucional ha reconocido expresa y reiteradamente la exigencia de neutralidad, en el sentido de que no puede imponerse una adhesión positiva al sistema constitucional, en las Sentencias TC 48/2003, de 12 de marzo (FJ 7.º), 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 4) y 12/2008, de 29 de enero (FJ 6.º), en los siguientes términos: «En nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de democracia militante... esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos».

<sup>49</sup> Sentencias 1998/09, Rec. n.º 2348/08 y 1999/09, Rec. n.º 2546/08, de 23 de septiembre.

*personales y emociones afectivo sexuales—, comportamientos —no conocimientos— que serán objeto de específica evaluación»; «la indiscutible seriedad en el planteamiento del conflicto por los recurrentes»; y por último, las significativas reservas y advertencias del Pleno del Tribunal Supremo. Todas estas razones, valoradas en conjunto, y el hecho de que en la interpretación de los derechos fundamentales y garantías constitucionales es vinculante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (y no del Tribunal Supremo), llevaron al Tribunal a «apreciar el riesgo exorbitante, que los padres no vienen obligados jurídicamente a soportar ni a esperar se cristalice, de invasión, injerencia o inmisión en la esfera de privacidad que el art. 27, 3 CE les reserva en cuanto a la formación religiosa y moral de sus hijos, lo que les hace acreedores del derecho a que éstos se vean dispensados ex art. 27, 3 de cursar la asignatura, sin consecuencias desfavorables para ellos».*

Estas sentencias fueron recurridas en casación por la Abogacía del Estado y el Ministerio fiscal, y el TS ha ido anulándolas progresivamente. Varias de estas sentencias han sido recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional, que las admitió a trámite el 15 de noviembre de 2010, y se encuentran actualmente pendientes de sentencia. Paralelamente, el 19 de marzo de 2010 se presentó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos un recurso de casi 400 españoles (padres e hijos) contra el Estado Español, por violación de los arts. 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 2 del Protocolo Adicional I, que se encuentra también pendiente de resolución.

Aunque la *Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa*, contemplaba la sustitución de las cuatro asignaturas de EpC por una única, denominada Educación Cívica y Constitucional, a impartir en segundo curso de ESO (art. 11, que modifica el art. 24 de la LOE), si bien disponía que *se trabajará en todas las áreas o materias* (art. 12, que añade un art. 24, bis, en su § 3; art. 13, que modifica el art. 25), el texto aprobado por el Congreso de los Diputados y que se encuentra en tramitación explica, en su Exposición de Motivos, que la presente Ley Orgánica considera esencial la preparación para la ciudadanía activa y la adquisición de las competencias sociales y cívicas, si bien, en el contexto del cambio metodológico que la propia ley propugna, se aborda esta necesidad de forma transversal y se incorpora la educación cívica y constitucional a todas las asignaturas durante la educación básica. Así, el número nueve de la Ley, que modifica el art. 18 de la Ley, establece que la educación cívica y constitucional se trabajará en todas las etapas de la Educación Primaria, y los números catorce y quince, que modifican respectivamente los arts. 24 y 25 de la LOE, establecen también que dicha educación —cívica y constitucional— «se trabajará en todas las materias».

#### 4. CONCLUSIÓN FINAL

En definitiva, aunque el derecho de los padres a que se garantice el tipo de educación para sus hijos, conforme a sus convicciones es un derecho fundamental, reconocido con amplitud y nitidez en la Constitución española y en los textos y tratados internacionales ratificados por España, en la práctica, su efectividad no siempre está suficientemente garantizada. El papel que la Constitución atribuye al Estado, de configuración del sistema general de la enseñanza, tiene como fin garantizar que la educación, como derecho y deber, llegue a todos los menores, pero ello no puede implicar que sea el propio Estado el que asuma, en cuanto tal, la tarea educativa al margen de

la voluntad de los padres, porque son ellos los primeros responsables de la educación de sus hijos, en cuyo beneficio e interés deben adoptarse cuantas medidas se articulan al respecto.

Un Estado excesivamente intervencionista o paternalista en el ámbito educativo puede no garantizar suficientemente los derechos de padres e hijos. En la regulación y articulación concreta de materias o actividades escolares que incidan en la formación moral o religiosa de los menores, siempre habrá de respetarse la voluntad de los padres, debiéndose garantizar la neutralidad ideológica de la educación pública, como instrumento necesario para proteger a los menores de un posible adoctrinamiento en contra de las convicciones de sus padres. En cualquier caso, en la aplicación de las normas vigentes, los tribunales habrán de ponderar *in casu* los bienes e intereses jurídicos en conflicto, procurando una interpretación lo más amplia posible del contenido de los derechos fundamentales implicados, y por el contrario restrictiva de sus límites.



# CONSECUENCIAS PENALES DE LA EDUCACIÓN EN CASA

*Prof. Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles*  
Profesor de Derecho Penal. Universidad Complutense

## 1. EL DEBATE

**1.1.** «Absuelta una viguesa por educar su hijo en casa»,<sup>1</sup> puede leerse en un titular de prensa. El titular podría sorprender: ¿es que se acusaba, entonces, de «educar a su hijo en casa»? Sí y no, sería la respuesta. Y es que en realidad la acusación no ponía el punto de inflexión en el acto positivo de *educar* aunque fuera en casa, sino en el omisivo de *no llevar a su hijo a la educación oficial y reglada* —por así decir— de un colegio público o privado. La noticia continúa explicando que Ana, madre y vecina de Vigo, educa a su hijo en casa, y fue acusada por un delito de abandono de menores, del que, empero, finalmente ha sido absuelta por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Vigo.

El niño tiene 10 años, y no es el único, pues el *fenómeno* de la educación en casa o *homeschooling*, aunque desde luego muy minoritario, está en cierto auge: el ámbito local de la noticia refiere otros supuestos en Castro Caldelas o en Ginzo de Limia, y así hasta sumar ya cientos de familias que en España educan a sus hijos en casa,<sup>2</sup> pese a la falta de regulación pero en todo caso de forma similar a lo que ya sucede en otros países,<sup>3</sup> en particular en Estados Unidos de América.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Véase, por todos, El correo gallego, 13 de junio de 2012.

<sup>2</sup> En detalle, esencial, la tesis doctoral de la Universidad de Oviedo, <http://hdl.handle.net/10803/94200> (consultado, 25/09/2013), de C. Cabo González, El *homeschooling* en España: descripción y análisis del fenómeno. Existen numerosos boletines y revistas del *homeschooling* en España, y así en diversas páginas web y blogs, por ejemplo, por todas, <http://educarencasa.hazteoir.org>, <http://homeschoolingenmadrid.wordpress.com> (consultado, 25/09/2013), etc.

<sup>3</sup> Entre otros, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Eslovenia, Reino Unido, Irlanda, Luxemburgo, Bélgica, Suiza, Austria, Hungría, Italia, Portugal, Francia, etc.

<sup>4</sup> Sobre ello, cfr. la fundamental obra de I.M. Briones Martínez, *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América - Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*, Barcelona 2012, en especial pp. 111 y ss. a 226; más sobre el Derecho comparado, además de en la ya citada tesis de Cabo González, El *homeschooling* en España, en: MJ. Valero Estarellas, *Homeschooling en España - Una reflexión acerca*

**1.2.** ¿Y debe entrar realmente el Derecho penal, con toda su fuerza, a impedir esta *práctica*? Las opiniones están divididas y ese será el objeto de debate para la presente contribución. En todo caso, obsérvese que al referirnos al *homeschooling* en este contexto hemos empleado *supra* términos como «fenómeno» o simplemente que se trataría de una «práctica», pues vamos a presuponer para este trabajo una hipótesis de máximos (acusatorios) a los efectos de cubrir todas las posibilidades posibles: partimos de que no se trataría de un derecho, pues desde luego si lo fuese, es obvio que poco ya le quedaría a la discusión penal que decir y nuestra contribución debería cerrarse nada más comenzar: es claro que el ejercicio de un derecho no puede ser criminalizado.

**1.3.** Y sin embargo, como decimos, las opiniones están tan divididas que algunas fiscalías consideran que la educación en casa debe ser punible.<sup>5</sup> Y así, por continuar con la noticia citada al comienzo, en ella se reporta que la sentencia afirma en sus conclusiones que «no se puede concluir una dejación y abandono graves o absolutos» por parte de la madre en el deber de educar a su hijo, y se insiste en que «el incumplimiento por parte de la acusada del deber de educar a su hijo y procurarle una formación integral no supone una dejación y abandono grave absoluto». Así, los testigos habrían referido que la mujer «estaba preocupada por la educación de su hijo», incluso algunos señalaron que «hasta en exceso».

Estas reflexiones de la sentencia, como vemos, no dan carta de naturaleza jurídica a la educación en casa, pues además también se afirma que «en este concreto caso la trasgresión de los deberes de asistencia que se imputan a la madre (...) indudablemente existen», aunque a renglón seguido se concluya que los mismos «no llegan a integrar el ilícito penal»: en concreto, para esto último el motivo residiría en que «no es la vía penal donde se debe dilucidar la responsabilidad de la madre respecto de las carencias académicas y de integración que presenta su hijo y que pudieren dificultar en un futuro el acceso a estudios superiores y limitar sus posibilidades educativas y laborales, así como su adecuado desarrollo personal».

**1.4.** Hemos querido comenzar con este supuesto de hecho, porque plantea los términos del debate en el sentido de máximos al que hacíamos referencia *supra*: como vemos, con o sin razón —en esta controversia no es necesario entrar en nuestra aportación exclusivamente penal—, el juzgador parte y así lo asevera, de la existencia de unas «carencias académicas y de integración», y de una «trasgresión de los deberes de asistencia» por parte de la madre, y aun así ha absuelto. Por ello es éste justo el objeto de discusión que nos interesa: si pudiésemos extraer la conclusión de que incluso en supuestos en los cuales la acusación parte de déficits educativos y de entorno —probado o no, insistimos que ello no es nuestro debate—, de todas formas el Derecho penal no sería la herramienta adecuada para solucionarlos, menos aún lo será en los supuestos en que se

---

del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 28 (2012), pp. 4 y ss.

<sup>5</sup> Véase también, C. Cabo González, *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, cit., pp. 177 y ss., quien, entre otras, en estas páginas cita a las Fiscalías de Provincial de Guipúzcoa, de Jerez de la Frontera y de Zaragoza.

niega tajantemente un aislamiento social o problemas de socialización e incluso se puede afirmar el logro de una excelencia académica, como en ocasiones ocurre.

En efecto, baste pensar en supuestos como el acaecido en Alicante, del que también dan cuenta los medios de comunicación,<sup>6</sup> en el que tras la denuncia de Fiscalía con solicitud de que se ordenase de forma inmediata la escolarización, se dictó Auto en el que la Juez concluyó que «no se advierte que el menor esté expuesto a peligro o mal alguno», pues «no se halla en una situación de abandono o aislamiento que le produzca una perturbación dañosa que implique la adopción de medidas inmediatas» ya que «no se evidencia retraso ni aislamiento de la realidad social» enfatizando que «pertenece a un equipo de fútbol donde tiene amigos», todo ello sin perjuicio de lo que se pudiera decidir en vía administrativa, concluye la resolución judicial.

Abordemos pues desde esta perspectiva la cuestión.

## 2. LOS PRETENDIDOS DELITOS DE ABANDONO DE MENORES: SUBSUNCIÓN

### 2.1. Los delitos que supuestamente entrarían en consideración

Planteados los términos del debate jurídico penal tal y como acabamos de hacer, conviene comenzar recordando los preceptos del Código Penal que entrarían en consideración en primer lugar. Serían, según las posibles acusaciones al uso para este tipo de supuestos, tres preceptos del Título XII del Código Penal, titulado «Delitos contra las relaciones familiares», recogidos en su Capítulo III — «De los delitos contra los derechos y deberes familiares»—, y más en concreto en su Sección 3.ª: «Del abandono de familia, menores o incapaces».

---

<sup>6</sup> Así por ejemplo en <http://historiadelperiodismo.over-blog.es/article-el-fenomeno-del-homeschooling-no-esta-regulado-en-espa-a-102064424.html> (consultado, 25/09/2013). Véase también Cabo González, El *homeschooling* en España: descripción y análisis del fenómeno, cit., pp. 165 y ss.: Juzgado de Instrucción n.º 2 de Los Llanos de Aridane, Procedimiento Abrevado DDPP 110/2008, Auto de 8 de julio de 2008, de sobreseimiento, así como Juzgado de lo Penal de Teruel, Procedimiento Abreviado 126/2009, Auto de 9 de octubre de 2009, confirmado por la Audiencia Provincial: «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 proporcionar al individuo unos determinados conocimientos y competencias previamente definidos, proporcionados y evaluados por el Estado a través de determinados Centros homologados por el mismo. Por lo tanto la obligación de escolarizar tiene un sentido más restringido que la obligación de educar. Ciertamente la falta de escolarización supone una infracción de un precepto legal, pero no todas las infracciones legales constituyen delitos, y prueba de ello es que el propio legislador, que se ha cuidado de establecer en numerosas normas la obligatoriedad de la escolarización de los menores entre los seis y los dieciséis años, no se ha atrevido a definir, con carácter general, la sanción del incumplimiento de dicha obligación, y cuando lo ha hecho, como ocurre en la Ley de la Infancia y la Adolescencia de Aragón, ha sido para calificarlo de mera infracción administrativa (...)».

Así, en efecto, una vez más desde una perspectiva de máximos, podrían entrar en consideración los arts. 226, 229 y 230 del Código Penal.<sup>7</sup> El primero de ellos dispone:

- «1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*
- 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».*

Por su parte, el que ha adquirido mayor aplicación para los supuestos de *home-schooling* y las acusaciones que al respecto se realizan es el segundo de ellos, el art. 229 del Código Penal —pues en realidad el primero de los artículos, que acaba de ser mencionado, se cita más bien para contextualizar el debate—:

- «1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.*
- 2. Si el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.*
- 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave».*

Para terminar, en este breve recorrido legislativo penal que estamos realizando, el artículo 230 del Código Penal establece:

- «El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior».*

## 2.2. Tipo objetivo: acción-omisión e interpretación sistemática

**2.2.1.** Más adelante veremos otros posibles tipos penales, pero pasemos en primer lugar a realizar la subsunción en estos preceptos, que son —como vimos en nuestro ejemplo de partida— los primeros —y algunas veces los únicos— por los que acusa el Ministerio Fiscal, creemos que equivocadamente.

En primer lugar, vaya por delante que con independencia de las conclusiones a las que se deba llegar sobre la punibilidad o no de estos supuestos, no es equivocado el hecho de que el foco de análisis se dirija hacia un comportamiento omisivo y no hacia uno activo, careciendo en realidad esta pretendida polémica de trascendencia para el objeto de discusión. En efecto, la vieja discusión sobre las diferencias entre la omisión y la ac-

<sup>7</sup> Los cuales son citados en su última redacción a la fecha de la confección del presente manuscrito, aunque han tenido diversas modificaciones, si bien ninguna de ellas esencial para el tema que nos ocupa.

ción, hoy se encuentra en gran medida superada y, sobre todo, para el supuesto base que estamos debatiendo en estos momentos resultaría en todo caso de plena aplicación el art. 11 del Código Penal: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado» —dice este precepto— «solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». De este modo, es claro que los padres son garantes de la educación de sus hijos en el sentido del artículo 11 del Código Penal, en concreto según la letra a) del precepto, debido a una obligación legal de actuar, la general del artículo 154 del Código Civil, por citar un solo ejemplo de ello de entre muchos posibles: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos». Éste, junto con otros, sería uno de los preceptos que equipararía, según el art. 11 del Código Penal, una «simple» omisión —no escolarizar al menor—, a una acción de perturbar o dañar la formación integral de los propios hijos. Ese, por tanto, no sería el objeto del debate.<sup>8</sup>

**2.2.2.** Volviendo pues a la subsunción —digamos— de fondo, es decir a la tipicidad objetiva de un delito de abandono de menores, desde luego que la jurisprudencia trata otros supuestos muy diversos a los de la educación en casa, cuando conforma los elementos fácticos de aplicación de este tipo de delitos. Y es que, ya una interpretación sistemática de los preceptos apunta la solución: «Delitos contra las relaciones familiares», titula el legislador, luego se trataría de ilícitos contra las relaciones familiares que deben respetar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, es decir, su aplicación única y exclusivamente cuando el ordenamiento jurídico carezca de otros mecanismos de solución—, al menos de una forma programática —pues, como vemos, cada vez queda menos de esta supuesta o pretendida subsidiariedad de las normas criminales; así, siguiendo con una aproximación sistemática a los delitos por los que se acusa, la Sección 3.<sup>a</sup> habla de «Abandono (...) de menores», pero en el supuesto base de nuestras reflexiones no estamos ante niños abandonados, es decir, desatendidos, sino que están siendo atendidos aunque lo sea en una forma distinta a la prevista por la legislación educativa vigente: no es lo mismo educar que instruir, y no es lo mismo educar en casa que no educar. Por ello, podemos concluir desde esta

---

<sup>8</sup> No entramos aquí a discutir, puesto que ello iría más allá de las pretensiones de la presente contribución, que si los padres son garantes, entonces los artículos 226 y ss. debieran estar conformados como delitos comunes —que podrían ser cometidos, como siempre, en comisión por omisión—, y no con una redacción que recuerda en demasía a los delitos de omisión pura o propios de omisión, al estilo del art. 195 del CP; de otra opinión, la doctrina probablemente aún mayoritaria: por todos, S. Huerta Tocildo. Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Valencia 1997.

primera perspectiva, aún sistemática, que parece faltar la adecuada taxatividad interpretativa, alejada de toda duda, al menos la taxatividad que debiera requerir una condena penal.<sup>9</sup>

### 3. SUBSUNCIÓN Y ANÁLISIS COMPARADO

**3.1.** El art. 226 del Código Penal exige, como vimos, «dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad», elemento éste que equivocadamente podría pensarse que concurre, pero lo cierto es que el mismo debe ponerse en conexión con lo que acaba de ser expuesto y por ende es muy dudoso que pueda afirmarse su existencia a los efectos de subsunción. En efecto, aun cuando en el supuesto de máximos que hemos querido traer a debate, se pudiera concluir que se han dejado de cumplir los deberes legales, no podría afirmarse lo mismo, empero, de la asistencia inherente a la patria potestad.

**3.2.** Algo más aproximada podría parecer la subsunción en el art. 229, pero de nuevo un análisis más pormenorizado del precepto y su interpretación jurisprudencial también deja a las claras la imposibilidad de subsunción: se habla de «abandono de un menor», pero este término tan genérico nada tiene que ver en los casos jurisprudenciales con la situación que nos estamos planteando y así la mejor prueba de ello es que en el párrafo 3.º se prevé que si «por las circunstancias del abandono se ha puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor» se producirá un aumento de pena, luego resulta claro que el abandono al que se refiere el precepto es uno que puede llegar incluso a poner en peligro la vida o salud del menor, es decir, ello da buena cuenta de que el legislador se está refiriendo en el precepto a un abandono físico, al espacial, dicho coloquialmente al *dejar en la calle al menor*, no a supuestos relativos a la educación ni al lugar dónde deba impartirse ésta o por quién. Hay que estarse en Derecho penal a la materialidad de las conductas, no a la formalidad «enseñanza oficial o reglada», por lo que de nuevo parece que debemos arribar a la conclusión de que no concurre el tipo objetivo del delito: el *homeschooling* es un enseñar *sin escuela*, no un *no enseñar*.

De hecho, es adecuado realizar siquiera sea brevemente una comparación con los comportamientos que habitualmente la jurisprudencia suele subsumir en estos preceptos, para comprobar que carecen completamente de analogía con el supuesto base sobre el que estamos trabajando. Así, en primer lugar, casi toda la jurisprudencia sobre esta Sección del Código Penal se refiere a conflictos consistentes en dejar de pagar la prestación económica establecida en los convenios de separación matrimonial, y alguna otra a la utilización de menores para la mendicidad, supuestos ambos muy alejados del que aquí nos ocupa.

**3.3.** Es más, incluso cuando se trata de supuestos de abandono, no de impago ni de mendicidad, de todas formas ciertamente los mismos tampoco tienen nada que ver con el

---

<sup>9</sup> Vid. también, M. Corcoy Bidasolo, La interpretación en Derecho penal - *Favor libertatis versus Favor securitatis*, *In dubio pro reo versus In dubio contra reo*, en: Derecho penal del Estado social y democrático de derecho, LH a Santiago Mir Puig, D. M. Luzón Peña (Dir.), Madrid 2010, p. 170.

debate del *homeschooling*. Y así, por ejemplo, basta leer algunos de los hechos probados que aparecen en esta jurisprudencia: «(...) el acusado, Vicente, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, el día 20 de diciembre de 2000 viajó en compañía de sus hijos Alejandro y David, de ocho y tres años respectivamente, desde su domicilio sito en Albacete a Badalona, donde los tres pensaban pasar las fiestas navideñas en casa del padre del acusado. Sin embargo, habiendo llegado sobre las diez de la mañana a Barcelona, no se dirigieron directamente al domicilio del abuelo, sino que el acusado, que tenía problemas con el consumo abusivo de alcohol y drogas de los que estaba en tratamiento con metadona, comenzó a beber en compañía de un amigo de Albacete con el que también viajaba ya en el tren que le llevó a Barcelona, y posteriormente siguió bebiendo alcohol y tomando hachís y psicotrópicos en distintos lugares de Barcelona y Badalona, hasta que llegó a un estado en que se despreocupó de la suerte de sus hijos dejándolos solos con el equipaje en una parada de autobús de la Plaza Joseph Tarradellas de Badalona, donde permanecieron al menos una hora hasta que fueron recogidos sobre las 20,45 horas por una dotación del Cuerpo Nacional de Policía»<sup>10</sup>. O por citar otros hechos probados, en los que igualmente se observa que los casos que la jurisprudencia encierra en estos preceptos de abandono, nada tienen que ver con una simple no escolarización reglada del menor: «S, nacida el 12 de septiembre de 1972, de nacionalidad ucraniana, en hora no determinada de la madrugada del 11 de agosto de 2004 y por tiempo no inferior a quince minutos, salió de su domicilio, sito en (...) de Valencia, quedando en el mismo, sola, su hija María Inés —nacida el 29 de agosto de 2000—, que contaba con cuatro años de edad. La niña, al percatarse de la ausencia de su madre, salió al balcón llorando, llegando a encaramarse a la barandilla o pretil del balcón. Al advertir lo que sucedía con la niña varias personas, dieron aviso a la Policía Local, personándose agentes de dicho cuerpo y bomberos. Entre tanto, regresó S a su domicilio, haciéndose cargo de su hija. La madrugada del 13 de septiembre de 2004 sucedió algo similar. S salió de madrugada de su casa y permaneció alrededor de dos horas fuera de su domicilio, donde dejó sola a su hija María Inés. Cuando regresó a casa comprobó que su hija no estaba. El motivo de la ausencia de la niña era que había sido rescatada por agentes de Policía que habían sido avisados por los lloros de la menor».<sup>11</sup> O, para terminar, unos últimos hechos probados de una sentencia más reciente,

---

<sup>10</sup> SAP Barcelona, Sección 5.ª, de 20 de marzo de 2004: La parte dispositiva de la sentencia apelada condenaba al recurrente como autor de un delito de abandono de menores de carácter temporal del art. 230 CP en relación con el 229.2 del mismo cuerpo legal, a la pena de nueve meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo, y, tras la estimación en la apelación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el art. 20.2 por embriaguez y drogadicción, se fija la pena privativa de libertad en 4 meses de prisión.

<sup>11</sup> SAP Valencia, Sección 1.ª, de 18 de abril de 2006: la sentencia apelada, que fue confirmada, falló que se debía condenar a S como autora de un delito de abandono temporal de menor de los arts. 230, 229.2 y 233 del Código Penal a una pena de un año de prisión, un año de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, cuatro años de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de su hija María Inés y al pago de las costas del juicio: «Es cierto que el 11 de agosto de 2004 la acusada abandonó el domicilio (...) el juzgador entiende que esa manera de proceder en ese concreto día no es incardinable en el tipo penal objeto de acusación al admitir la posibilidad de que la madre obrara en la creencia de que su hija no se despertaría y más cuando la ausencia de la vivienda fue de escasos minutos. En cambio, en lo que respecta al suceso del día 13 de septiembre, el Juzgador entiende probado la existencia del dolo que el precepto penal exige. Para llegar a esa conclusión se valora que la madre sabía lo que había acontecido el día 11 de agosto y a pesar de ello no tuvo empacho en dejar otra vez sola en la casa a su hija y marcharse, al menos durante dos horas, para celebrar su cumpleaños, encontrándose con la sorpresa al regresar que la menor no estaba en la

que demuestran una vez más que no existen variaciones jurisprudenciales: «Resulta probado y así se declara expresamente que (...) a las 8.30 horas, del día 11 de diciembre de 2009, la acusada Elisa llevó a casa de Piedad a sus tres hijas menores, de 9, 7, y 5 años de edad, con motivo del cumpleaños del hijo de ésta, marchándose del domicilio entre las 19 y 20 horas dejando a sus hijas en dicho domicilio a cargo de Piedad. Pasadas, unas tres horas sin que Elisa volviera al domicilio a recoger a sus hijas, Piedad comenzó a llamarla al móvil insistentemente, no consiguiendo contactar con Elisa, haciendo Elisa caso omiso a las llamadas, salvo en una ocasión sobre las 23.30 horas, manifestándole Piedad a Elisa, que si no iba a por sus hijas en cinco minutos las echaba a la calle, lo que procedió a realizar aproximadamente a las 23.30 horas, al no personarse Elisa a recoger a sus hijas, quedando las menores solas en las escaleras del bloque hasta que llegaron unos vecinos a las 00.00 horas, que encontraron a las menores con síntomas de frío, sueño y otras necesidades, acogiéndolas en su casa, y procediendo a llamar a la Guardia Civil, que ante tales hechos procedieron a buscar a la madre por la zona, siendo esta encontrada en el Pub Samoa de La Carolina, tomando copas con unos amigos, negándose a acompañar a la Guardia Civil y a atenderles cuando éstos le preguntaron por sus hijas, personándose posteriormente Elisa en el Cuartel de la Guardia Civil, interesándose por sus hijas».<sup>12</sup>

**3.4.** Si bien es cierto que alguna jurisprudencia antigua había introducido en el tipo del delito de abandono de menores, que «cuando se habla de deberes de asistencia, el legislador no se refiere únicamente a las obligaciones alimentarias o de matiz económico, sino que, antes bien (...) engloba, dentro de la expresión legal, a todos los deberes, y tratándose de hijos menores, a los de tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos», también resultaba claro en esa sentencia, a renglón seguido, que se hablaba de «ausencia del domicilio familiar» que «ha de ser necesariamente maliciosa»,<sup>13</sup> como necesario correctivo a la generalidad de las anteriores palabras, que una vez más aleja esta doctrina de los supuestos de *homeschooling*.

Así, el Tribunal Supremo ha interpretado estos preceptos de abandono en el sentido de que por ejemplo deberían ser subsumidos en tales preceptos el abandono temporal de menores «a su suerte» —aun cuando reconozca que ello es compatible con sanciones administrativas—, por cierto remarcando, como hiciésemos nosotros también supra, la posibilidad de la punibilidad a través de la omisión: «El tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código civil y la ley de protección jurídica del

---

casa de la que había sido rescatada por la policía (...) en el que si bien no consta que se produjera una situación concreta de peligro resulta evidente que existió una situación de abandono, aunque temporal, que supuso una evidente puesta en peligro de los derechos del menor (vida, integridad física etc.), pues no se puede obviar la corta edad de la pequeña, cuatro años, que fue dejada a su suerte en el domicilio del que fue rescatada, esto es, liberada de un peligro por la policía, sin duda porque fue requerida su intervención por terceras personas ante los lloros de la misma».

<sup>12</sup> SAP Jaén, Sección 2.ª, de 10 de mayo de 2012, que confirmó el fallo de condena a la acusada Elisa como autora criminalmente responsable de un delito de abandono de menores del artículo 229.2 y 230 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 16 meses de prisión, más inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, más costas; en parecido sentido, SAP Málaga 30 de septiembre de 2001.

<sup>13</sup> STS 18 de mayo de 1987.

menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las medidas administrativas pues en tanto las autoridades administrativas adaptan medidas de protección del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo. (...) El hecho descrito en el relato fáctico es claro en la descripción de una situación de riesgo para el menor que fue abandonado a su suerte».<sup>14</sup>

Llegamos una y otra vez a la misma solución, de falta de posibilidades de reproche penal hacia al *homeschooling*, incluso también desde una perspectiva más moderna del concepto jurisprudencial del elemento típico «abandono», que iría más allá del clásico —coloquialmente dicho— dejar a su suerte al menor, para alcanzar situaciones de dejación de funciones sostenidas en el tiempo, pero que, como vemos, nada tienen que ver con la educación en casa del *homeschooling*: «Entendemos que abandono existe, no sólo cuando se deja a un niño (o incapaz) a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo. Este es el caso ordinario en épocas pasadas cuando era frecuente dejar a un niño recién nacido o de corta edad en cualquier lugar con peligro de no ser atendido. Pero también existe abandono, y este es el caso presente, cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación tan extrema que hasta vulgarmente se habla de abandono por parte de esa persona que le cuida y lo hace sin la dedicación adecuada. Parece que la primera modalidad se corresponde con la figura del delito instantáneo, mientras que la segunda se comete por acciones u omisiones que se desarrollan en un periodo de tiempo más o menos prolongado».<sup>15</sup> Siendo así que esta misma

<sup>14</sup> STS 1772/2001, de 4 de octubre.

<sup>15</sup> STS 12 de septiembre de 2003; en el mismo sentido, últimamente, STS de 12 de julio de 2011: En orden a delimitar cuándo estamos ante un simple incumplimiento de los deberes de asistencia y cuando la situación pasa a ser abandono, el Tribunal Supremo recuerda que su propia jurisprudencia ha equiparado a la situación de abandono material al dejar desamparada a una persona, sin el apoyo o la protección de quien tiene la obligación de dársela, el abandono personal dejando a su suerte al menor que se ve privado de toda atención y cuidado por parte del sujeto activo. El abandono, por tanto, también debe alcanzar a situaciones que sin ser del abandono

jurisprudencia, correctamente, recuerda el principio de ultima ratio aplicable a este delito, en el sentido de que caen fuera del precepto supuestos de escasa entidad: «El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230...».<sup>16</sup>

**3.5.** Es más, incluso cuando la jurisprudencia se ha ocupado del tema específico del absentismo escolar, de nuevo comprobamos que los supuestos de hecho nada tienen que ver con el nuestro. Así, baste citar, por todos y de un modo sencillo y muy gráfico, los siguientes hechos probados: «La acusada D.<sup>a</sup> Elvira es madre de dos menores, que en el curso escolar 2007/2008, mientras vivían con ella en Alicante, tuvieron las siguientes faltas de asistencia al colegio: O., que entonces contaba 11 años de edad, cinco faltas en septiembre, tres en octubre, ocho en noviembre y una en diciembre; y en enero faltó tres semanas seguidas; P., con siete años de edad, tuvo treinta y cinco faltas en el primer trimestre y once faltas en el segundo. En varias fechas no concretadas del mes de diciembre de 2007, la acusada dejó a los menores solos en casa durante la noche. En ocasiones no concretadas los menores han carecido de comida. Ambos han sido declarados en situación legal de desamparo por la Dirección Territorial de Bienestar Social».<sup>17</sup>

**3.6.** En definitiva, una y otra vez llegamos a la misma conclusión de que solo desde una muy forzada perspectiva, que entendemos que desde luego solo soportaría una pigre interpretación gramatical de los preceptos, pero no una exégesis sistemática o teleológica de los mismos, podría llevar a afirmar que concurren los elementos típicos de los diversos delitos de abandono de familia.

**4.** La posición del Tribunal Constitucional, en gran medida contraria al *homeschooling*, en realidad conduce, paradójicamente, a descartar definitivamente las posibilidades de subsunción penal de tales conductas.

**4.1.** El Tribunal Constitucional no se ha mostrado partidario del *homeschooling*, desde luego. Y así, la sentencia que se ha ocupado de la cuestión, la 133/2010, puede ser objeto de diversas lecturas, unas que imputan al Alto Tribunal una posición contraria más radical,<sup>18</sup> y otras que quieren ver una postura más abierta de lo que pudiera parecer

---

propriadamente dicho provoquen una situación de desatención por incumplimiento de los deberes de protección, esto es, cuando un menor o incapaz no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación extrema de desamparo y desprotección.

<sup>16</sup> STS de 27 de mayo de 2009.

<sup>17</sup> SAP de Alicante, Sección 3.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2010: El fallo de dicha sentencia literalmente dice «Condeno a D.<sup>a</sup> Elvira, como autora de un delito de abandono de menor, a la pena de prisión de nueve meses, a la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y al pago de las costas, incluidas las correspondientes a la Acusación particular».

<sup>18</sup> Vid., por todos, M.J. Valero Estarellas, *Homeschooling* en España. En *RGDCDEE* 28 (2012), cit., pp. 3 («la sentencia del Tribunal Constitucional ha supuesto un duro revés para los partidarios de esta modalidad educativa en España»), 23 y ss.; vid. también J. M. Martí Sánchez, *Homeschooling: Lo que está en juego*, I., II., y III. En: [www.conoze.com](http://www.conoze.com) (consultado, 25/09/2013).

a primera vista,<sup>19</sup> pero en todo caso ciertamente el Tribunal no es partidario de la educación en casa.<sup>20</sup>

Sin embargo, por paradójico que pudiera parecer, incluso aunque se quisiera decir que el Tribunal Constitucional se ha mostrado en contra del *homeschooling* de forma muy contundente, es precisamente dicha posición la que nos permite afirmar definitivamente que el Derecho Penal no debe intervenir en estos casos.

**4.2.** Según la sentencia, frente a lo que habían planteado los padres en su demanda de amparo, la no escolarización es antijurídica y no hay laguna normativa, pero es claro que ello no quiere decir que todo lo antijurídico sea a la vez antijurídico penalmente relevante: debe ser penalmente antijurídico. Y así, el hecho de que esta sentencia considere que «la invocada [por los recurrentes] facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria (...) no está amparada, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 reconoce», no quiere decir que el incumplimiento sea ya penal.<sup>21</sup>

En efecto, como apuntábamos, es precisamente esta sentencia la que lleva a la conclusión de que no estamos ante materia penal: la Sentencia del Tribunal Constitucional reconoce 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», y esta afirmación resulta definitiva para nuestra investigación: si el Tribunal no descarta que el art. 27 permita otros sistemas de escolarización, aunque no los acoja actualmente, ello quiere decir que no puede haber un delito que consista simplemente en una mera infracción de la actual normativa, pero que expresamente se dice que pudiera ser otra.

Y es que, no puede haber delito que consista en el simple incumplimiento del deber impuesto por una legislación concreta, que se reconoce modificable, porque el delito, antes bien, debería consistir en un daño esencial al bien jurídico protegido que subyace

---

<sup>19</sup> R. Navarro-Valls. La educación en casa y la libertad de enseñanza - Comentario a la STC 133/2010, en: [www.elconfidencial.com](http://www.elconfidencial.com) (consultado, 25/09/2013), fecha 29 de diciembre de 2010: «La sentencia, sin embargo, no es tan contundente como inicialmente podría entenderse. Es decir, no considera inconstitucional un sistema razonable de "educación en casa", que respete la sociabilidad en los menores y su formación pedagógica, sino que, con la actual legislación en la mano, subraya que no puede entenderse inconstitucional el sistema contrario, es decir, la escolarización obligatoria. De ahí que expresamente afirme que, a la vista del art. 27 de la CE, "no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica". Naturalmente, el TC no puede erigirse en legislador, por eso se abstiene de describir "cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución"».

<sup>20</sup> Vid. también, previamente, la en cierta medida confusa STC 260/1994, de 3 de octubre.

<sup>21</sup> Vid. también, STS de 30 de octubre de 1994 y STC 5/1981 de 13 de febrero; también, SAP Granada de 29 de febrero de 1996: «El margen del juicio que merezca en otros órdenes y soluciones en aplicación de otras normativas, la conducta de la acusada apelante no entra dentro del tipo del núm. 1 del art. 584 del Código Penal [antiguo omisión de los deberes de guarda o asistencia inherentes a la patria potestad] por lo que es procedente la revocación de la sentencia apelada, absolviendo a la acusada de la falta por la que fue condenada»; y en parecido sentido, SAP Sevilla de 23 de noviembre de 1999; sobre todo ello, en detalle, fundamental, Cabo González, *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, cit., pp. 147 y ss.; respecto de los ámbitos administrativo y civil, respectivamente, SAP Sevilla de 10 de julio de 2001 y SAP Málaga de 23 de noviembre de 2005.

a una determinada legislación, que como de dicho párrafo de la sentencia se deduce sin más, puede verse igualmente cumplido con otra legislación, y por tanto el incumplimiento de la actual legislación, que debería rellenar el tipo en blanco, no es suficiente para configurar el delito. En otras palabras, un hipotético delito debería dañar el núcleo esencial del art. 27 CE, y no —por así decir— respetar su genotipo —se educa— aunque no su fenotipo —se hace en casa, no en la enseñanza reglada—. Como se ha dicho para otros contextos, pero entendemos que resultaría plenamente asumible desde el punto de vista penal, existe una obligación de educación, no de escolarización. Si como se ha interpretado correctamente la citada sentencia, «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»,<sup>22</sup> ello hace imposible que para esta tercera vía, hasta que se legisle y por tanto la misma sea permitida, la respuesta a la anomia sea la vía penal.

**4.3.** Con ello hemos alcanzado definitivamente el corolario de que el *homeschooling* no rellena el tipo objetivo de los delitos de abandono de familia, por todos y cada uno de los motivos vistos. Ello haría ya innecesario el estudio del tipo subjetivo, pero no obstante ello hagámoslo, para afianzar aún más las conclusiones logradas.

## 5. TIPO SUBJETIVO

**5.1.** En un sentido clásico, el denominado tipo subjetivo del delito consiste en el conocimiento y voluntad de concurrencia los elementos objetivos del delito. Por su parte, una jurisprudencia más moderna identifica el tipo subjetivo con un conocimiento del riesgo concreto de que se produzca el resultado. En todo caso, lo que ha de resultar claro es que para la existencia de delito de abandono se requiere dolo, puesto que la comisión imprudente no está prevista como punible, tal y como establecen los artículos 12 y 14 del Código Penal. Así, el art. 12 CP señala que «las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley»,<sup>23</sup> y en el mismo sentido —por lo que hace a este aspecto— el art. 14.1 señala: «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

Pues bien, allí donde la jurisprudencia ha entrado a debatir este aspecto del delito —y no ha concluido ya con la no concurrencia del tipo objetivo, como hemos hechos nosotros supra— encontramos que también desde esta perspectiva se ha negado la tipi-

<sup>22</sup> MJ. Valero Estarellas, *Homeschooling* en España, cit., en *RGDCDEE* (2012), p. 31.

<sup>23</sup> SAP Barcelona, Sección 5.ª, de 20 de marzo de 2004: «Es cierto que el delito del art. 230 CP es una figura dolosa por aplicación, a sensu contrario, del art. 12 CP en relación con el 5 y 10 del mismo cuerpo legal. Para que el abandono temporal de menores se pueda castigar, al no estar prevista específicamente la figura imprudente, es preciso que concorra el dolo necesario».

cidad del delito: alguna jurisprudencia se plantea en efecto que por parte de los padres podría ser alegado un error denominado de tipo, es decir, aquel que consistiría en que los padres creen que el *homeschooling* no supone un abandono de menor, en el sentido de considerar que los padres no tendrían una intencionalidad de dejar de cumplir los deberes legales de asistencia, o de abandonar. Así, ya vimos supra alguna jurisprudencia que también basaba la absolución en señalar que no había un abandono provocado de forma «maliciosa»,<sup>24</sup> como necesario elemento del tipo.

**5.2.** En realidad, con la jurisprudencia más moderna sería en estos casos más correcto hablar de un error de prohibición, que de falta de dolo, pues éste ciertamente sí podría ser afirmado, puesto que lo que se requiere es que los padres sepan que no están escolarizando a su hijo —que sí lo saben—, no que la no escolarización sea un abandono en el sentido de los arts. 226 o 229 CP, que antes bien conduce —como decimos— en su caso a un error de prohibición.

Así, los padres podrán alegar el ejercicio legítimo de un derecho, una suerte de objeción de conciencia que probablemente tendrá el tratamiento de un error de prohibición, y, por tanto, del art. 14.3 del Código Penal: «El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». Es decir, en su caso, los padres podrán alegar que están convencidos de la licitud de su actuación, aunque tampoco conviene engañarnos: dado el nivel de información jurídica del que disponen estas familias, si el supuesto de hecho se quisiese solucionar de esta forma es muy probable que, de prosperar el alegato de error, en todo caso el mismo sería considerado vencible. Por ello, en puridad, creemos que no debiera llegarse a este aspecto de la teoría jurídica del delito, por cuanto, como vimos, debe decaer ya el tipo objetivo del delito.

## 6. DELITOS DE DESOBEDIENCIA

**6.1.** ¿Y si la mujer viguesa de nuestro ejemplo hubiese sido requerida para cumplir la orden, consistente en escolarizar a su hijo?, debemos preguntarnos para cerrar nuestro estudio. Es decir, ¿qué ocurriría si la madre, no ya no escolariza a su hijo —cuestión ésta a la que ya hemos respondido supra—, sino que detectada su conducta y ordenada la escolarización no cumple con la orden dada? Y así, baste pensar en que en otras ocasiones lo que se produce no es un intento de sanción penal por no haber escolarizado —en el pasado—, sino por no cumplir con una orden de escolarización: «Una juez da la razón a unos padres que desean educar a su hijo en casa — La Fiscalía de Menores pidió la inmediata escolarización del niño pero el juzgado estima que no hay ‘peligro’ en que no vaya a la escuela», podemos leer de nuevo en la prensa.<sup>25</sup>

Pues bien, en estos casos los delitos que supuestamente entrarían en consideración serían los recogidos en el Título XXII: «Delitos contra el orden público», Capítulo II:

---

<sup>24</sup> STS 18 de mayo de 1987.

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo: [www.lasprovincias.es](http://www.lasprovincias.es) (consultado, 25/09/2013), 19-3-2012.

«De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia», del Código Penal, títulos que ya dan buena cuenta de que de nuevo es difícil realmente que podamos concluir que estamos ante materia penal.

Pero como ya hicimos supra, transcribamos los preceptos, el delito y su falta correspondiente, objeto de discusión:

Art. 556 CP: «*Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año*».

Art. 634 del Código Penal: «*Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días*».

**6.2.** El delito, vaya por delante, deja claro que se trata de una resistencia grave, no de cualquier tipo de desobediencia. Pero la falta entendemos que tampoco debe poder ser subsumida en este tipo de comportamientos que estamos analizando, ahora desde la perspectiva de incumplir la orden de escolarizar: No se puede convertir cualquier desatención a cualquier orden de una autoridad competente en un ilícito penal. Y es que la orden que se desobedezca debe tener la trascendencia penal suficiente, y precisamente en el epígrafe anterior vimos que no lo tenía. En otras palabras, no puede convertirse en ilícito penal por la vía indirecta de la desobediencia lo que no era materia penal por la vía directa del contenido del incumplimiento.

**5.3.** La desobediencia prevista en el art. 556 supone una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente,<sup>26</sup> un desprecio a la autoridad, que desde luego no parece concurrir en los supuestos base que estamos analizando. Aquí los casos son por ejemplo el desobedecer una orden administrativa, luego confirmada por una sentencia del tribunal de lo contencioso-administrativo, para dejar de extraer agua de una laguna a fin de obtener salmuera o sal cristalizada, y pese a las prohibiciones el acusado siguió haciéndolo,<sup>27</sup> o negativa a mostrar los libros de contabilidad de una empresa, ordenada por un juzgado de la jurisdicción civil,<sup>28</sup> o el negarse a dar cumplimiento al régimen de visitas con sus hijos por parte del padre,<sup>29</sup> en el mismo sentido, ocultando su domicilio y evitando cualquier contacto de los menores con su madre, trasladando a sus hijos a otra provincia,<sup>30</sup> etc.

La tipicidad exige un mandato expreso y concreto, de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad competente, que la orden revista las formalidades legales y que haya sido claramente notificada a quien haya de cumplirla, de modo tal que el incumplimiento se derive claramente del dolo de incumplir, no de un desconocimiento por falta de notificación o falta de taxatividad. Pues bien, al respecto hemos de

<sup>26</sup> Por todas, SSTS de 6 de noviembre de 2009 o de 2 de marzo de 2010.

<sup>27</sup> STS de 19 de mayo de 1999.

<sup>28</sup> STS de 18 de febrero de 2010.

<sup>29</sup> SSTS de 9 de julio de 1999 o de 23 de marzo de 2007.

<sup>30</sup> STS de 1 de diciembre de 2003.

decir que sería sorprendente que si del incumplimiento del mandato en sí, como vimos anteriormente, no se deben derivar consecuencias penales, sí deban supuestamente derivarse del incumplimiento de la orden de cumplimiento: sería éste, ciertamente, una suerte de atajo para buscar la punibilidad, demasiado sencillo.

En todo caso, esta misma jurisprudencia señala que se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato,<sup>31</sup> pero ciertamente también se añade que la desobediencia debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el art. 634.<sup>32</sup> de este modo, en el peor de los casos para los padres, estaríamos ante una falta y no ante un delito.

## 7. CONCLUSIONES

Resumiendo lo dicho, sometemos a debate las siguientes conclusiones alcanzadas en las páginas precedentes:

- 1.<sup>a</sup> Por comenzar con la conclusión más amplia: A la pregunta general, de si debe entrar realmente el Derecho penal, con toda su fuerza, a impedir el *homeschooling*, hemos de responder, a tenor de lo visto, con una negativa para los supuestos base, sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a otras jurisdicciones, como la contencioso administrativa o la civil, para el caso de que el ordenamiento jurídico siga sin reconocer legalidad de forma expresa a esta forma de educación. Es decir, la falta de relevancia penal de la educación en casa se alcanza incluso presuponiendo, como hemos hecho a los efectos de nuestra investigación, que no se trataría de un derecho, pues desde luego si lo fuese, es obvio que poco ya le quedaría a la discusión penal que decir y nuestra contribución debería cerrarse nada más comenzar: es claro que el ejercicio de un derecho no puede ser criminalizado.
- 2.<sup>a</sup> En todo caso, aun cuando —frente a lo anterior— las opiniones están tan divididas y algunas fiscalías consideran que la educación en casa debe ser punible, sin embargo lo cierto es que tales acusaciones no prosperan y antes o después, al menos de momento, son sobreesidos o finalmente es dictada sentencia absolutoria al respecto.
- 3.<sup>a</sup> Los delitos por los que se suelen seguir los procedimientos son los relativos al abandono de familia, menores o incapaces, de los arts. 226, 229 y 230 del Código Penal. En primer lugar, vaya por delante que con independencia de las conclusiones a las que se deba llegar sobre la punibilidad o no de estos supuestos, no es equivocado el hecho de que el foco de análisis se dirija hacia un comportamiento omisivo y no hacia uno activo, careciendo en realidad esta pretendida polémica de trascendencia para el objeto de discusión. En efecto, la vieja discusión sobre las diferencias entre la omisión y la acción, hoy se en-

---

<sup>31</sup> Véase, SSTS de 5 de junio de 2003, 1 de diciembre de 2003, 23 de 3 de 2007, 4 de mayo de 2007, 20 de enero de 2010.

<sup>32</sup> Cfr. STS 10 de diciembre de 2004.

cuentra en gran medida superada y, sobre todo, para el supuesto base que estamos debatiendo resultaría en todo caso de plena aplicación el art. 11 del Código Penal, según el cual los padres indudablemente son garantes de los bienes jurídicos de sus hijos, de tal modo que una hipotética omisión se equipara perfectamente a una acción.

- 4.<sup>a</sup> En todo caso, en orden a la subsunción —digamos— de fondo, es decir a la tipicidad objetiva de un delito de abandono de menores, hemos podido concluir que desde luego la jurisprudencia trata otros supuestos muy diversos a los de la educación en casa, cuando conforma los elementos fácticos de aplicación de esta clase de delitos. Desde un punto de vista de interpretación sistemática de estos delitos —y no conforme a una interpretación meramente gramatical—, y teniendo en cuenta también el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, no estamos ante niños abandonados, es decir, desatendidos, sino que están siendo atendidos aunque lo sea en una forma distinta a la prevista por la legislación educativa vigente: no es lo mismo educar en casa que no educar. Se habla de «abandono de un menor», pero este término tan genérico nada tiene que ver en los casos jurisprudenciales con la situación que nos estamos planteando y así la mejor prueba de ello es que en el párrafo 3.º del art. 229 se prevé que si «por las circunstancias del abandono se ha puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor» se producirá un aumento de pena, luego resulta claro que el abandono al que se refiere el precepto es uno que puede llegar incluso a poner en peligro la vida o salud del menor, es decir, ello da buena cuenta de que el legislador se está refiriendo en el precepto a un abandono físico, al espacial, dicho coloquialmente al *dejar en la calle al menor*, no a supuestos relativos a la educación ni al lugar dónde deba impartirse ésta o por quién.
- 5.<sup>a</sup> El Tribunal Constitucional no se ha mostrado partidario del *homeschooling*. Sin embargo, por paradójico que pudiera parecer, incluso aunque se quisiera decir que el Tribunal Constitucional se ha mostrado en contra del *homeschooling* de forma muy contundente, es precisamente dicha posición la que nos permite afirmar definitivamente que el Derecho Penal no debe intervenir en estos casos. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional al respecto reconoce 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», y esta afirmación resulta definitiva para nuestra investigación: si el Tribunal no descarta que el art. 27 permita otros sistemas de escolarización, aunque no los acoja actualmente, ello quiere decir que no puede haber un delito que consista simplemente en una mera infracción de la actual normativa, pero que expresamente se dice que pudiera ser otra. Y es que, no puede haber delito que consista en el simple incumplimiento del deber impuesto por una legislación concreta, que se reconoce modificable, porque el delito, antes bien, debería consistir en un daño esencial al bien jurídico protegido que subyace a una determinada legislación, que como de dicho párrafo de la posición del Tribunal Constitucional se deduce sin más, puede verse igualmente cumplido con otra legislación, y por tanto el incumplimiento de la actual legis-

lación, que debería rellenar el tipo en blanco, no es suficiente para configurar el delito. En pocas palabras, un hipotético delito debería dañar el núcleo esencial del art. 27 CE, y no —por así decir— respetar su genotipo —se educa— aunque no su fenotipo —se hace en casa, no en la enseñanza reglada—.

- 6.<sup>a</sup> En cuanto al tipo subjetivo, la existencia del delito de abandono requiere dolo, puesto que la comisión imprudente no está prevista como punible, tal y como establecen los artículos 12 y 14 del Código Penal. Alguna jurisprudencia se plantea que por parte de los padres podría ser alegado un error denominado de tipo, es decir, aquel que consistiría en que los padres creen que el *homeschooling* no supone un abandono de menor. Sin embargo, con la jurisprudencia más moderna sería más correcto en estos casos hablar de un error de prohibición, que de falta de dolo, pues éste ciertamente sí podría ser afirmado, puesto que lo que se requiere es que los padres sepan que no están escolarizando a su hijo —que sí lo saben—; entendemos que los padres podrán alegar el ejercicio legítimo de un derecho, una suerte de objeción de conciencia que probablemente tendrá el tratamiento de un error de prohibición.
- 7.<sup>a</sup> Por último, el estudio indagó qué ocurriría si la madre, no ya desescolariza a su hijo —cuestión ésta respecto de la que ya hemos concluido supra—, sino que detectada su conducta y ordenada la escolarización no cumple con la orden dada. Pues bien, en estos casos los delitos que supuestamente entrarían en consideración serían los de resistencia y desobediencia, pero el trabajo ha podido concluir que tampoco los mismos deben ser aplicados: En primer lugar, porque el delito, vaya por delante, deja claro que se trata de una resistencia grave, no de cualquier tipo de desobediencia. Pero, sobre todo y aun en segundo lugar, porque incluso para la falta entendemos que tampoco deben existir posibilidades de subsunción, ahora desde la perspectiva de incumplir la orden de escolarizar: No se puede convertir cualquier desatención a cualquier orden de una autoridad competente, en un ilícito penal. Y es que la orden que se desobedezca debe tener la trascendencia penal suficiente, y precisamente en las conclusiones hasta ahora alcanzadas vimos que no lo tenía. En otras palabras, no puede convertirse en ilícito penal por la vía indirecta de la desobediencia lo que no era materia penal por la vía directa del contenido del incumplimiento. Lo contrario supondría un atajo para buscar la punibilidad a toda costa, incompatible con nuestro Estado de Derecho.



# LA REGULACIÓN DEL *HOMESCHOOLING* ANTE LAS EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS DE PLURALISMO, INTEGRACIÓN Y LIBERTAD<sup>1</sup>

Ana Llano Torres

Profesora de Filosofía del Derecho. Universidad Complutense

Me he topado con el fenómeno de la educación en casa al trabajar sobre la educación cívica y la educación afectivo sexual y, en esta primera aproximación, me ha parecido que el estudio del *homeschooling*<sup>2</sup> presenta grandes ventajas a la hora de afrontar la tarea jurídica clave en este tipo de problemas: delimitar el papel del Estado y los derechos de los padres, teniendo en cuenta el interés superior del niño<sup>3</sup>.

En este trabajo, quiero plantearme si el fenómeno minoritario del *homeschooling* mejora o daña la convivencia democrática, de modo que se deba reconocer y/o regular mínima o exhaustivamente o, en su caso, prohibir. No me ocuparé de lo que yo u otros pensamos acerca de este modo de educar, sino de su juridicidad (no sólo legalidad)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título “Derecho fundamental a la educación: derecho, ciudadanía y libertad” (DER 2009-10009), del que es investigador principal el Prof. José Antonio Souto Paz y se está llevando a cabo en la Universidad Rey Juan Carlos. El proyecto ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (resolución de 14 de diciembre de 2009 de la Subdirección General de Proyectos de Investigación durante el trienio 2010-2012).

<sup>2</sup> Fenómeno emergente que suscita cada vez más interés, como atestiguan la existencia de dos tesis doctorales recientes y la celebración de tres congresos centrados en la educación en casa; y en el que los padres ejercen un amplio control sobre la educación de sus hijos. Cfr. C. Cabo González. El *homeschooling* en España: descripción y análisis del fenómeno. Universidad de Oviedo, 2012, disponible en <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/indice.htm> (consultada 15/01/2013) y M. Goiria Montoya. La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español. Disponible en <http://www.slideshare.net/educacionsinescuella/la-opcion-de-educar-en-casa-tesis-corregida> (consultada 20/01/2013)

<sup>3</sup> Así lo afirman, a pesar de su divergencia en cuanto al tipo de regulación del *homeschooling* que juzgan prudente, R. Reich. Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education. Chicago University Press, 2002 y P. Glanzer. Rethinking the Boundaries and Burdens of Parental Authority over Education: a Response to Rob Reich’s case study of *homeschooling*. In *Educational Theory*, vol. 58, n. 1, 2008.

<sup>4</sup> Reducción presente en los recientes Autos n.º 88/11 de 3 de Junio de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona y n.º 80/12 de 17 de Abril de 2012 de la AP de Alicante, que derivan de procedimientos de jurisdicción voluntaria favorables a las familias y después recurridos. Basados en argumentos idénticos, ambos autos señalan que «podríamos estar discutiendo de forma ilimitada sobre los sistemas educativos y la conveniencia o no de la asistencia de los niños a un centro público o privado, pero ello no es la cuestión que aquí debe resolverse. *La cuestión litigiosa planteada debe resolverse desde un punto de vista estrictamente jurídico*». *Cursiva mía*. Como sostiene T. Tasso. Fatto e diritto. L’ordinamento tra realtà e norma, introducción a ID (ed). Fatto e

Por debajo de esta cuestión, late la tensión entre democracia y constitucionalismo: ¿cabe imponer siempre los criterios de la mayoría (en este caso, la confianza mayoritaria en la escolarización como medio idóneo para educar a los niños y la misma LOE 2/2006 de 3 de Mayo, que concibe tal escolarización como obligatoria, siguiendo así una de las posibles opciones legítimas dentro del marco de nuestra Constitución, como señaló la STC 133/2010 del 2 de Diciembre)? ¿O debemos apostar por la libertad y dejar de mirar la opción minoritaria del *homeschooling* con lentes «estatalistas»? ¿Qué solución se muestra más acorde con las exigencias de pluralismo, integración y libertad?

## 1. ¿QUÉ SE DESPRENDE DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA?

Nadie cuestiona el logro histórico que ha supuesto la oferta generalizada de educación básica gratuita a todos los ciudadanos. Pero sí se puede cuestionar —y se ha hecho a partir de los años 60 en EEUU y de los 80-90 en España— la escolarización como único modo de recibir tal educación. ¿Escolarización obligatoria o pluralidad de métodos educativos? ¿Qué opción es más acorde con la lógica profunda de nuestro Ordenamiento jurídico?<sup>5</sup> He rastreado en la jurisprudencia sobre el polémico y decisivo derecho a la educación, deteniéndome en la relativa al *homeschooling*, esa lógica jurídica encaminada, en última instancia, a salvar la acción humana —la educación del niño, en este caso— de la arbitrariedad. Pues bien, hay en la jurisprudencia española sobre la educación en casa dos líneas argumentativas contrapuestas:

- a) en el conocido caso de «los niños de Dios», el Tribunal Supremo hizo en su Sentencia 1669/1994 de 30 de octubre una interpretación amplia del alcance del derecho de elección paterno, que abarcaría la posibilidad de optar por modelos

---

diritto. L'ordinamento tra realtà e norma. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 39-40, hace falta una noción de interpretación que no sea mera aplicación de un texto legal sino la identificación de la juridicidad del hecho, que utiliza como uno de sus instrumentos, nunca el único, la ley. En cuanto al uso de la Jurisdicción Voluntaria en cuestiones relativas a derechos fundamentales, ha sido calificado de «marco estrecho» por el Magistrado del Juzgado de Menores L.C. Martín Osante. Menores e incapacitados en situación de desamparo. En *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, 2008, p. 124.

<sup>5</sup> A pesar de los múltiples síntomas de crisis de la razón en el campo jurídico, pienso que en todo ordenamiento jurídico hay un resto de *logos* nada despreciable, como sostenía a mediados del siglo pasado G. Capograssi. El problema fundamental, en *Iustitia*, 1949/1 y en *Diritto naturale* vigente. De VVAA, Roma, 1951, pp. 61-70, ahora en Id. *Opere*. Milano, Giuffrè, 1959, V, pp. 30-33: «los científicos del derecho han vivido hasta ahora de positivismo jurídico y se dan cuenta ahora de que las cosas son menos sencillas de lo que creíamos». Los juristas —decía lejos de todo anarquismo tolstoiano y de toda contraposición entre derecho natural y derecho positivo— no deben «optar entre ordenamiento positivo y otra cosa que sea «conforme a razón», sino que deben, como juristas, intentar comprender hasta el fondo el orden positivo, estudiarlo sin detenerse a mitad de camino en la superficie normativa, sino intentando llegar a las «estructuras inalterables de la vida concreta de la humanidad» de las que las normas y las instituciones positivas son determinaciones históricas puntuales. Al año siguiente, sostendrá Id. Prefazione a *La certezza del diritto* di Flavio López de Oñate. En Id. *Opere* V, cit., p. 89 (traducido al español como *La certezza del derecho*. Granada, 2007): «indudablemente, hay que respetar la ley: ésta es la moralidad del jurista; pero el deber del jurista es también, es esencialmente, el de reconducir la ley singular a la entera razón objetiva que se expresa y concreta en la experiencia jurídica, en todo el ordenamiento del mundo del derecho, en todos los principios que lo sostienen».

educativos distintos a los oficiales<sup>6</sup>. En sus argumentos se apoyaron la mayoría de los tribunales inferiores ante los que se presentaron supuestos semejantes<sup>7</sup>. Es cierto que éstos, como el Tribunal Constitucional en 1994, no entraban en el fondo del asunto, sino que se centraban en aclarar si la no escolarización constituía un supuesto de desamparo o ilícito penal. Pero también es verdad que todas las sentencias hacían algún tipo de referencia a los derechos educativos paternos interpretados en sentido amplio, reconociendo un derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación que consideren oportuna, dentro de los mínimos exigibles<sup>8</sup>.

- b) a ella se opone la interpretación restrictiva del derecho paterno de elección educativa, excluyente del *homeschooling*: la Audiencia Provincial de Málaga en 2005 llevó el caso por la vía de lo civil y no la de lo penal, como hasta entonces había ocurrido. En su sentencia 548/2005, que obligaba a tres familias a escolarizar a sus hijos, siguió de cerca los argumentos del Magistrado Vicente Gimeno Sendra. Al recurrir los padres al TC, se encuentran con que éste en 2010 eleva la escolarización a elemento prácticamente nuclear del derecho a la educación y límite de las facultades paternas.

La sentencia 133/2010 de 2 de Diciembre es la primera del TC español que se pronuncia sobre la juridicidad de la educación en casa. Los argumentos, muy sintéticamente

---

<sup>6</sup> En efecto, desde el ámbito de lo penal, el Tribunal Supremo defendió que la obligación del Estado de favorecer el derecho a la educación y supervisar el proceso velando por su cumplimiento era compatible con el derecho de los padres a decidir educar a sus hijos en casa, siempre que se les diera la formación necesaria (aunque no fuese el ámbito ideal para el desarrollo de las relaciones personales y sociales que necesita nuestra sociedad). Siguiendo la STC 5/1981 de 13 Febrero, admitió la existencia de formas de educación alternativas al sistema educativo oficial, siempre con algunas limitaciones (FD 2.º3 y 4.º2).

<sup>7</sup> Cfr. las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada 112/1996, de 29 de febrero, de la AP de Granada 132/1996, de 1 de marzo (aunque se trata de un caso de desescolarización, sin cumplimiento del deber de asistencia, contiene afirmaciones importantes sobre el *homeschooling*), de la AP de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre (sobre educación en internados o comunidades) y de la AP de Sevilla 15286/2001, de 10 de julio (otro supuesto desamparo, que se resuelve admitiendo la educación en colonias como alternativa a la escuela oficial). Con posterioridad a 2005, se vuelve a fallar a favor de la educación en casa por la vía indirecta de negar situación de desamparo, en dos supuestos llevados por lo penal: el Procedimiento de diligencias previas 110/2008, de 8 de julio (Juzgado de Instrucción n.º 2 de Los Llanos de Aridane) y la Sentencia de la AP de Teruel sobre los Autos de procedimiento abreviado 126/2009, de 9 de octubre.

<sup>8</sup> En el mismo caso de «los Niños de Dios» que la Generalidad de Cataluña llevó ante el Tribunal Constitucional, la STC 260/1994 de 3 de octubre, adoptada por mayoría, rechazó la solicitud de amparo, sin afrontar el conflicto existente entre los derechos de los padres, que defendían su derecho a no escolarizar a sus hijos y enseñarles en el interior de su secta, y los intereses de los hijos, que la Generalidad de Cataluña pretendía proteger. Sí entró en el fondo el magistrado Vicente Gimeno Sendra, que en su Voto Particular identificó el derecho a la educación del artículo 27.1 CE con el derecho del niño a ser escolarizado, de modo que los poderes públicos deben asegurar tal escolarización con la coacción necesaria. J. Ferrer Ribá. Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña. En *Derecho Privado y Constitución*, n. 7, 1995, p. 68, se muestra de acuerdo con este magistrado. Por su parte, M.ª J. Redondo Andrés. Familia y enseñanza. En *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*. De VVAA, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 715 ss, considera que la escolarización obligatoria es «la vía más idónea de garantizar la enseñanza de los niños», mientras que «en el caso de admitirse la enseñanza en casa, operaría ésta como una excepción». Ya en Id. *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia, 2003, pp. 124-125, defendió la legitimidad de la escolarización básica obligatoria, dejando, no obstante, la puerta abierta a otros caminos.

te, son los siguientes: la facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema educativo no está comprendida en ninguna de las libertades constitucionales y la escolarización obligatoria de los niños entre 6 y 16 años impuesta por el legislador es perfectamente válida, pues no supone una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de los padres. Ello no excluye la constitucionalidad de otras opciones educativas, siempre que respeten los apartados 2.º, 4.º, 5.º y 8.º del art. 27 CE: también lo dejó claro la sentencia, contribuyendo así a reavivar el debate<sup>9</sup>.

Se ha pasado, así, de una interpretación extensiva, de la que deben ser objeto por principio los derechos humanos, a una interpretación restrictiva de las libertades educativas. Lo más discutible es el otorgar a la escolarización carácter fundamental<sup>10</sup>, confundiendo lo sustantivo, la educación, y lo instrumental, la escolarización.

Es palpable el influjo alemán en este giro interpretativo. En efecto, en Alemania<sup>11</sup> pesa la conciencia de que la integración se puede y debe incentivar en la escuela y no faltan razones para pensar así. El argumento clave de los tribunales alemanes —en los casos *Leuffen* y *Konrad*— a la hora de hacer prevalecer la asistencia obligatoria a la escuela, frente a la opción del *homeschooling*, ha sido que la educación no sólo proporciona conocimientos, sino también competencias cívicas y sociales importantes como la tolerancia. Es más, alegan que existe un interés legítimo compartido en frenar la aparición de «sociedades religiosas o ideológicas paralelas» y hacer de la escuela un lugar de integración de las minorías<sup>12</sup>. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2006 admitió que es una de las posibles interpretaciones acordes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. M.J. Valero Estarellas. *Homeschooling* en España: una reflexión acerca del art. 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCyDEE)*, número 28, 2012.

<sup>10</sup> Cfr. M.ª R. García Vilardell. El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*. En *Anuario de derecho a la educación*, n. 1, 2012, p. 160. «Sorprende la facilidad con que el TC —afirma J. M.ª, Martí Sánchez. El *homeschooling* en el Derecho español. En *RGDCyDEE*, número 25, 2011, p. 34— acepta que *se limite*, por el legislador ordinario, lo que puede constituir el contenido esencial de la libertad de enseñanza».

<sup>11</sup> Th. Spiegler. Home Education in Germany: An Overview of the Contemporary Situation. In *Evaluation and Research in Education*, vol. 17 (2003), n. 2 & 3, pp. 179-190, ofrece una panorámica del *homeschooling* en Alemania, donde unos 500 niños están siendo educados en casa, a veces con la tolerancia tácita de las autoridades locales, otras con consecuencias jurídicas que van desde multas hasta la pérdida parcial de la custodia del menor o incluso una pena de prisión. El autor prevé que, cambie o no el trato jurídico del *homeschooling*, el fenómeno irá en aumento. Recientemente se celebró en Alemania el *I Global Home Education Conference* en cuyo marco se presentó la *Berlin Declaration* del 3-11-2012: <http://www.ghec2012.org/Declaration.pdf> Cfr. <http://www.ghec2012.org/cms/content/about-ghec-2012> (consultada, 3/01/2013)

<sup>12</sup> En los casos *Renata Leuffen c. Alemania*, de 9 de julio de 1992 y *Konrad y otros c. Alemania*, de 11 de septiembre de 2006, el TC alemán defiende la constitucionalidad de la escolarización obligatoria, de acuerdo con los argumentos de los tribunales inferiores, y, en síntesis, viene a subrayar el principio socializador y la exigencia de integración de los diferentes, demandas a las que responde la escuela. F. Reimer. School attendance as a civic duty v. home education as a human right. In *International Electronic Journal of Elementary Education*, vol. 3, Issue 1, October 2010, p. 7 alude al caso de la familia Neubronner como la versión nortea del caso sureño *Konrad*, que no llegó al TEDH porque tras el fracaso de los tres primeros recursos, la familia se mudó a Francia.

<sup>13</sup> Si la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en 1992 hizo prevalecer el derecho fundamental del niño a la educación, sobre el que no pueden primar las convicciones de los padres, y subrayó la obligación del Estado de regular dicha educación, dentro de su margen de libre apreciación, pudiendo estable-

La cuestión es si ésta debe ser exclusiva y excluyente<sup>14</sup>. A mi juicio, se desenfoca la cuestión si se plantea en términos de defensa del «derecho del menor a una educación integral a través de la escuela» *versus* «derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias siguiendo el modelo educativo que consideren más idóneo». No veo justo contraponer la educación escolar en la autonomía a la super-protección de los menores por parte de los homeschoolers, como si no cupiera educar para la autonomía en casa y la escuela lo hiciera por descontado. El derecho a la educación es un derecho del menor a recibir unas enseñanzas que le introduzcan en la realidad y que deben amoldarse a lo establecido por nuestra Constitución y el Derecho Internacional. Que ello deba lograrse siempre por medio de la escolarización o pueda ser jurídicamente admisible o incluso deseable la existencia de opciones educativas alternativas, es la pregunta que el hecho del *homeschooling*<sup>15</sup> nos obliga a plantearnos.

---

cer el carácter obligatorio de la escolarización, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia sobre el caso *Konrad and others v. Germany*, de 11 de septiembre de 2006, The Law I, pp. 6-8, sostuvo la necesidad de interpretar de forma conjunta el artículo 2 del Protocolo Adicional del CEDH, que reconoce el papel del Estado y el derecho de los padres en relación con el derecho a la instrucción. Lo decisivo es que «el respeto a las convicciones de los padres sólo les es debido en la medida en que no entran en conflicto con el derecho de los niños a la educación, que prevalece en el conjunto del precepto. Esto significa que los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación apoyándose en sus propias creencias». Recordó que los Estados tienen un amplio margen de decisión a la hora de organizar y programar la enseñanza y que, entre las distintas fórmulas que conviven en Europa, la solución de la escolarización obligatoria —con algunos requisitos legalmente previstos—, es válida y legítima. También valoró el interés por evitar sociedades paralelas basadas en concepciones filosóficas distintas y la importancia de integrar a las minorías en la sociedad, interpretación que juzgó acorde con su jurisprudencia sobre el valor del pluralismo para la democracia.

<sup>14</sup> No en vano el informe publicado por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* el 9 de marzo de 2007 señala entre los desafíos que presenta la educación en Alemania la apertura a la educación en el hogar como opción válida. Cfr. UN Human Rights Council, Addendum to the *Report of the Special Rapporteur on the Right of Education, Mission to Germany (13-21 February 2006)*, A/HRC/4/29/add.3 of 9 March 2007, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4623826d2.html> (consultada, 1/10/2012). Es significativo que en los países en los que no hay una democracia liberal y padres e hijos muestran el nivel más bajo de autonomía mínima, no hay *homeschooling*, mientras la emergencia de formas jóvenes de democracia se traduce en la apertura al *homeschooling* y a las escuelas privadas. Sobre *homeschooling* en Europa, cfr. L.A. Taylor, A. Petrie. *Home Education Regulations in Europe and Recent U.K. Research*. In *Peabody Journal of Education* 75, n. 1-2 (2000), pp. 49-70 y Ch. Glenn. *Educational Freedom in Eastern Europe*. Washington DC, Cato Institute, 1995.

<sup>15</sup> Que obedece a motivos de muy diversa índole. En Inglaterra, R. Morton. «Home education: Constructions of choice». In *International Electronic Journal of Elementary Education*, vol. 3, Issue 1, October, 2010, distingue tres modos diversos de concebir el *homeschooling*: como opción natural, como opción social y como último recurso, concepciones ligadas a su comprensión de la educación, la infancia y la paternidad, y advierte la necesidad de una política educativa que eleve las posibilidades de elección de los padres en el ámbito educativo y que promueva una educación que se acomode a las necesidades de cada niño, llamando a pensar con más amplitud sobre el *homeschooling* y su impacto en la sociedad. En Estados Unidos, E. Collom, D.E. Mitchell. *Home schooling as a social movement: Identifying the determinants of homeschoolers' perceptions*. In *Sociological Spectrum*, 2005, vol. 25, n.º 3 (may-june), pp. 273-305, 277, señalan que los investigadores se muestran de acuerdo en que las decisiones de educar a los hijos en casa pueden agruparse en cuatro amplias categorías: insatisfacción con la escuela pública, preocupaciones de orden académico o pedagógico, visión de la vida familiar y valores morales y/o religiosos; cfr. los excelentes estudios de J. Murphy. *Homeschooling in America: Capturing and Assessing the Movement*. Corwin, Sage Publications Limited, 2012 y I. M. Briones Martínez, *La libertad religiosa en los EEUU. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Barcelona, 2012. En España C. Cabo. *El homeschooling en España*, cit., IV, apartado 4, sin negar importancia a la indagación de tales motivos, se muestra escéptico con respecto a la fiabilidad de los resultados. Es digno de notar que el orden o jerarquía de los motivos alegados por los padres no coinciden con el orden

## 2. UNA APROXIMACIÓN AL MUNDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Creo que, sin desconocer la realidad del conflicto y de los abusos de la autoridad paterna, un planteamiento de la educación de la infancia que contraponga los hijos a los padres, generalizando las patologías y desconociendo la fisiología de la vida de las familias, puede perjudicar a los niños<sup>16</sup>. Precisamente porque la autonomía exige el cultivo de las virtudes de la dependencia<sup>17</sup>, lo normal es que el interés superior del niño converja con y dependa del interés de sus padres<sup>18</sup>. Adoptar el punto de vista del *bad man* distorsiona la realidad y lleva a pedir al derecho lo que no puede o no debe dar<sup>19</sup>.

---

de importancia que les atribuye Cabo, tras su estudio a través de entrevistas, webs, foros, blogs y listas de correos. A su juicio, tienen más importancia en la decisión los motivos afectivos, socio-relacionales y personales que las motivaciones pedagógicas o ideológicas, que salen más en las encuestas. Así lo afirma tanto en el análisis cualitativo, como en las conclusiones finales. Es también significativo que en España los motivos religiosos tengan muy poca importancia como detonante de la decisión de educar a los hijos en casa y tuvieron menos importancia todavía en los años 90, en los comienzos. Insiste en ello en las conclusiones: «esta imagen de los *homeschoolers* rompe el cliché de colectivo fundamentado en ideales religiosos de carácter ultra-conservador (modelo imperante en los EEUU...) El *homeschooling* español... es esencialmente... laico».

<sup>16</sup> Cfr. J. Coons, R. Mnookin, S. Sugarman. *Puzzling Over Children's Rights*. In *Brigham Young University Law Review*, 1991, pp. 317 ss y 339 ss, páginas en las que discute sobre los límites que, en la forma de reglas o criterios, el Estado, los padres o ambos ponen a los niños. De un lado, ve claro que «el emancipador extremo puede sólo ser entendido como un provocador. Con todo, menospreciarle es no entender absolutamente nada», p. 341. De otro, reconoce que «hay un riesgo real de que liberar al niño de sus padres pueda lograrse sólo dañando la misma institución de la que el niño depende para alcanzar su plena autonomía, la familia. Haciendo pedazos la autoridad de la familia, la libertad actual del niño a disentir podría ser el enemigo de su futura autodeterminación», p. 348. En la misma línea, añade que «quizás la primera seguridad de la libertad del niño descansa en la soberanía del padre normal cuyo afecto y propio interés se equilibran para hacer de la autonomía del niño el principal objetivo de la familia. La mayoría de los padres parecen dar a los niños las libertades concretas que son capaces de ejercer. A menudo, el padre es el único juez práctico de tal capacidad. Al mismo tiempo, tal régimen limitado pero progresivo de autonomía puede ser la mejor base del entrenamiento que la sociedad ha encontrado para la autonomía adulta. El sistema es imperfecto, es humano, y por lo general efectivo. Si la esperanza de la liberación de los niños —ahora y en su vida adulta— descansa en el poder de los padres para actuar con autoridad, el reformador que comprometa tal soberanía de los padres es un cuestionable aliado de la libertad», p. 349. Ahora bien, concluye en p. 350, «sigue siendo un rompecabezas de difícil solución si se servirá a los niños mejor que hoy exigiendo una mayor responsabilidad al Estado por su bienestar o mediante un efectivo apoderamiento de los padres».

<sup>17</sup> La feminista canadiense J. Nedelsky. *Reconceiving Rights as Relationships*. In *1 Review of Constitutional Studies* (1993), pp. 7-8, denuncia la errónea comprensión de la autonomía que permea el discurso individualista de los derechos: «lo que hace posible la autonomía no es la separación, sino la relación», «la dependencia no es la antítesis de la autonomía, sino una precondition en las relaciones —entre padre e hijo, estudiante y profesor, Estado y ciudadano— que confiere esa seguridad, educación, alimento y apoyo que posibilitan el desarrollo de la autonomía». Cfr. también M.L. Minow. *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*. Cornell University Press (1990).

<sup>18</sup> Para C. Huntington. *Rights Myopia in Child Welfare*. In *53 University Colorado Law Review* (2006), pp. 637 ss, una de las razones de la inadecuación de «un marco exclusivamente basado en derechos» al abordar problemas relacionados con el bienestar del niño es que genera «una mentalidad de ganar/perder que alimenta unas relaciones de antagonismo entre los padres y el Estado, más que promover la verdadera colaboración que se necesita para afrontar los difíciles problemas que sufren las familias», p. 664. «El 10 % de los casos» que «implican abusos graves» deberán resolverlo los tribunales, pero no «los casos restantes y en particular el 50 % de los casos de negligencia relacionada con pobreza», en los cuales «los derechos de los padres y los del niño no están necesariamente enfrentados», p. 671.

<sup>19</sup> Como escribiera A. Solzhenitsyn. Un mundo dividido en pedazos, discurso del 8 de junio de 1978 en Harvard, «el derecho es demasiado frío y formal para estar en condiciones de introducir el bien en la socie-

La experiencia muestra la existencia de conflictos en las familias —desde los más leves a los más graves—<sup>20</sup> Y el Derecho acusa este aumento de lo patológico en las relaciones familiares (frente a lo cual debe reaccionar), pero no cabe ignorar lo fácilmente que degenera en mero instrumento de la ideología<sup>21</sup>.

Cuando se rechaza el *homeschooling*, suele enfocarse el asunto como un conflicto entre los intereses contrapuestos del menor y los de sus padres —cuyos derechos son mirados con sospecha<sup>22</sup>—, haciendo prevalecer el interés superior del niño, del que el Estado, oportunamente asesorado por los psico-pedagogos, se erige en fiel intérprete y custodio<sup>23</sup>.

---

dad. Cuando toda la vida está compenetrada de relaciones jurídicas, he aquí que aparece una atmósfera de mediocridad espiritual que sofoca los mejores impulsos humanos».

<sup>20</sup> Según R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit., pp. 151 ss, los niños tienen un interés independiente en la educación: si su adquisición de las competencias básicas para moverse con independencia es algo habitualmente buscado por todas las partes (niños, Estado y adultos), no ocurre lo mismo con la adquisición de una autonomía mínima, esencial para «llevar una vida buena y floreciente en una sociedad liberal», contra la que pueden resistirse el Estado y ciertos padres (p. 156). Aunque su prejuicio estatalista le lleva a ver la principal amenaza a la educación en la autoridad paterna: si ésta «no promueve la autosuficiencia y la independencia de los niños, el Estado debe intervenir y asegurar tales resultados», p. 160.

<sup>21</sup> M. Skivenes, *Judging the Child's Best Interests. Rational Reasoning or Subjective Presumptions?* In *Acta Sociologica*, 2010, vol. 53 (4)», pp. 339-353, analiza tres casos sobre adopción en Noruega y cuestiona que las decisiones del Tribunal Constitucional en relación con ellos fueran tomadas realmente en favor del interés superior del niño en concreto. Lejos del realismo que reclama en p. 343, en dos de los casos se ignora al niño y la argumentación peca de debilidad, mientras que en el tercero se falla a favor de la adopción después de una deliberación seria en la que el niño y su historia es tenida en cuenta. Ese realismo le lleva a reclamar el establecimiento de criterios objetivos a seguir para juzgar lo que beneficia a cada niño, p. 350.

<sup>22</sup> D. Monk. *Problematizing home education: challenging 'parental rights' and 'socialization'*. In *Legal Studies* 24 (4), 2004, pp. 568-598 analiza la sentencia del caso Leuffen y critica la mentalidad que subyace a esta sentencia y a la del caso Konrad, que miran con sospecha los derechos y libertades de los padres. Sospecha que, según P.L. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., refleja R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit. Una versión más reducida del capítulo VI de este libro se publicó como *Testing the Boundaries of Parental Authority Over education: The Case of Homeschooling*. En *Political and Moral Education, NOMOS XLIII*, de VVAA, New York University Press, 2002.

<sup>23</sup> Según R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit., p. 108, el Estado debe «tratar la autonomía como un valor a perseguir y apoyar», hasta el punto de «violar el respeto a la autonomía [paterna] en su esfuerzo por promover su ejercicio». En realidad, reconoce en p. 172 que su interés de fondo es reconducir a las familias al sistema educativo público, más que regular el *homeschooling* para evitar posibles abusos de libertad. El prejuicio estatalista caracteriza a estos adalides de la democracia ideal que, en nombre de la libertad, no temen negar la pluralidad de métodos educativos y cercenar la libertad de educación, en menoscabo de la democracia real. En la misma línea, M. A. Fineman, K. Worthington. *What is Right for Children? The Competing Paradigms of Religion and Human Rights*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2009, p. 235 señalan que «la sugerencia más apropiada para nuestro actual dilema educativo es que la educación pública debería ser obligatoria y universal. El elocuente interés de los padres podría ser un suplemento, pero nunca suplantará las instituciones públicas donde la lección básica y fundamental sería enseñada y experimentada por todos los niños Americanos: debemos luchar juntos para definirnos a nosotros mismos a la par como individuos y colectivos». ¿Acaso el educar en casa implica privatización e individualismo de por sí? Y ¿es que la escuela pública implica, también de por sí, forjar ciudadanos activos y responsables? Crítico al respecto, Ch. Glenn. *Fanatical Secularism*. In *Education Next*, Winter, 2003, en [www.educationnext.org](http://www.educationnext.org), arremete contra los pedagogos que se creen especialmente preparados para decidir qué es lo mejor para los niños. Cfr. Id. *The ambiguous Embrace: Government and Faith-based Schools and Social Agencies*. Princeton University Press, 2000.

Criticando tal enfoque, se ha afirmado que «colocar el interés superior del niño en un puro marco de derechos... desvela una desconexión internacional entre lo que los niños necesitan —protección— y lo que la convención provee —derechos—» y que «el legítimo interés superior del niño debe ser protegido por los padres y después por el Estado»<sup>24</sup>.

La constitucionalista italiana Marta Cartabia ha advertido la existencia de dos «almas» en la Convención de los derechos del niño de 1989<sup>25</sup>. Muchos de sus cincuenta y cuatro artículos siguen la tradición jurídica para la cual los menores merecen medidas adicionales de protección, dada su vulnerabilidad. Una segunda perspectiva asoma en algunas partes de la Convención, al promover la emancipación y autonomía del menor y conceder a los niños derechos al estilo de los de los adultos<sup>26</sup>. Con los «derechos del niño» y el «interés superior del niño» ocurre algo parecido a lo que advertiera Capogrossi en los conceptos jurídicos hace medio siglo: que asumen un doble significado, según sean mirados desde la tradición o desde la ideología<sup>27</sup>.

A menudo este paso del enfoque de una protección jurídica especial del menor al planteamiento que confiere al niño derechos de autonomía se ve como un indiscutible

<sup>24</sup> Cfr. L. Kohm. Suffer the Little Children: How the United Nations Convention on the Rights of the Child Has Not Supported Children. In *22 New York International Law Review*, 2009, 57, pp. 11-12. Tras evidenciar el fracaso de la Convención a través de cinco ejemplos de problemas acuciantes que sufren los niños en el mundo, sostiene que «los niños están protegidos cuando los adultos tienen el deber de protegerlos.. El marco internacional de la libertad descansa en derechos, pero a menudo no contiene los deberes correspondientes», p. 10. «La jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de familia exige la protección de los niños a través del modelo legalmente coactivo del interés superior del niño. No es un marco de derechos, sino un marco de protección que exige a los adultos obligaciones y deberes de obrar conforme al interés superior de los niños... El modelo del interés superior del niño funciona mejor que la Convención de los derechos del niño porque equilibra el derecho moral universal con el bienestar de los niños. Esta es la esencia de lo que los niños necesitan del derecho. Más que un marco legal de derechos, los niños se benefician de un entorno familiar...», p. 11.

<sup>25</sup> Cfr. M. Cartabia, La edad de los 'nuevos derechos'. En *Revista de Derecho Político* de la UNED, n. 81, 2011, pp. 85-92. J. Eekelaar. The Emergence of Children's Rights. In *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 1986, p. 161 subraya el contraste que existe entre el consenso general sobre los intereses básicos y de desarrollo del niño —una vida saludable, su bienestar psicológico y sus capacidades de desarrollo— y la polémica que despiertan los derechos de autonomía; Id. The Interest of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism. In *International Journal of Law, Policy and the Family*, n. 8, 1994, pp. 42-61. Ph. Alston, J. Tobin. Laying the Foundations for Children's Rights. Florence, UNICEF Innocenti Research Center, 2005, pp. 2 ss, 23 ss, resume las cinco fases que han atravesado los derechos del niño; D. Thronson. Kids Will Be Kids? Reconsidering Conceptions of Children's Rights Underlying Immigration Law. In *Ohio State Law Journal*, vol. 63, n. 3, 2002, pp. 979 ss, expone las cuatro concepciones de los niños (como propiedad, como pupilos, como adultos y como personas) que siguen influyendo en los derechos de los niños.

<sup>26</sup> «Ciertamente, la ampliación universal de los derechos de los adultos a los niños —admite D.B. Thronson, Kids Will Be Kids?, cit., p. 987— no es, como tal, ninguna panacea. La mera ampliación de derechos a los niños no hace nada para asegurar que los niños sean capaces de ejercer sus derechos... Si el reconocimiento emancipador de los niños como individuos sujetos de derechos es un avance en el tratamiento de los niños como personas, por sí solo es insuficiente. No obstante, el reconocimiento de que los niños carecen de capacidad para ejercer ciertos derechos es sustancialmente diferente de la conclusión de que los niños carecen de derechos». Por su parte, M. Kohm, M.E. Lawrence. Sex at Six: The Victimization of Innocence and Other Concerns over Children's Rights. In *Brandeis Journal of Family Law*, 36, 1997-98, pp. 361, 369, señala que «otorgar por ley derechos a los niños *per se*... no es el modo más apropiado de preocuparse por su interés superior».

<sup>27</sup> Cfr. G. Capogrossi. Premessa alla nuova serie della *RIFD*. In Id. *Opere IV*, cit., pp. 173-179.

progreso a favor del bienestar del menor<sup>28</sup>. Pero llevar la autonomía del menor demasiado lejos puede ser arriesgado: algunos de esos nuevos derechos de los menores podrían ser, según el término usado por Elizabeth Wolgast, «erróneos»<sup>29</sup>. La experiencia enseña que independencia, autonomía y libertad son fruto de una saludable relación con adultos<sup>30</sup>, relación de confianza, no de propiedad<sup>31</sup>.

En todo caso, reconocer el bienestar y el interés superior del niño como criterio a seguir no implica adoptar una perspectiva estatalista, sino cooperación y amplitud de miras. Barbara Woodhouse, por ejemplo, ha propuesto un análisis ecológico del desarrollo de los niños que «no trata a niños, padres y gobierno como actores separados y autónomos, sino más bien como ligados entre sí»<sup>32</sup>. El *homeschooling* implica una relación jurídica compleja protagonizada por el niño, los padres y el Estado, cuyos intereses no son contrapuestos, no al menos a priori: frente a toda consideración individualista del niño como autónomo y desligado del contexto familiar<sup>33</sup>, los derechos de los niños «no tienen por qué entrar en polémica con los de los adultos; existen no sólo como exigencias de independencia y autonomía de los adultos, sino también como reclamos de cuidado y protección por parte de los adultos y demanda de relación con ellos»<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> La cuestión de la titularidad del derecho a la formación religiosa y moral de los hijos, por ejemplo, recibe un enfoque diverso. Cfr. M.R. García Vilardell, El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*. En *Anuario de derecho a la educación*, n.1, 2012, pp. 140-141: «la protección del menor... ya no es observada desde la óptica pasada, en la que el menor de edad era considerado un sujeto débil y, por ello, necesitado de protección, sino que esa protección se diseña actualmente apoyándose en el principio de autonomía, que ocupa un lugar prominente».

<sup>29</sup> Según E.H. Wolgast. Wrong Rights. In *Hypatia* 2 (1), pp. 25-43, un modelo atomista de sociedad nos lleva a afrontar las injusticias en términos de derechos individuales, pero éstos no siempre ofrecen la protección necesaria. Ejemplo de derechos erróneos son los derechos de los pacientes y los derechos de los menores, sostiene Id. The Grammar of Justice. Cornell University Press, 1987, pp. 28 ss.

<sup>30</sup> Cfr. O. O'Neill. Children's Rights and Children Lives. In *Ethics*, 98, 1988, pp. 445 ss, especialmente pp. 445-446 y 462.

<sup>31</sup> D. B. Thronson. Kids Will Be Kids?, cit., p. 990.

<sup>32</sup> B.B. Woodhouse. Reframing the Debate about the Socialization of Children: An Environmentalist Paradigm. In *The University of Chicago Legal Forum*, 2004, pp. 119, 122 y 125. Dedicó la última parte de su trabajo al paradigma del «ecogenerismo» que «examinaría el bienestar de los niños refiriéndose a comunidades más que a individuos y... atendería no sólo a la aparición de nuevas generaciones, sino también a su florecimiento y crecimiento, como el resultado más importante que se obtendría fomentando la estabilidad, integridad y belleza de la comunidad», Ibid, pp. 134-135. Por su parte, L.M. Kohm. Suffer the Little Children.... cit., p. 13, advierte que «un marco de derechos es completamente inadecuado para proteger a los niños. La solución es una respuesta legal que atribuya obligaciones a los adultos interesados en proteger esos niños y sus intereses dentro de la nación firmante». También O. O'Neill. Children's Rights and Children's Lives. En *Children, Rights and the Law*, de VVAA, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 24 ss, para la que la infancia es una etapa de dependencia en el camino hacia la autonomía racional, piensa que se podría avanzar más si basáramos los derechos de los niños en la idea de obligaciones morales hacia ellos.

<sup>33</sup> Los problemas familiares no pueden resolverse desde el individualismo de los derechos: ayudar al niño exige tener en cuenta toda la familia. Cfr. S. Brooks. A Family Systems Paradigm for Legal Decision Making Affecting Child Custody. In 6, *Cornell Journal of Law & Public Policy* 1 (1996).

<sup>34</sup> D.B. Thronson. Kids Will Be Kids?, cit., pp. 981. B.B. Woodhouse. Reframing the Debate..., cit., p. 133, sugiere, frente al «paradigma del *common law* que ve las relaciones entre derecho y familia sólo en términos de derechos individuales», «un enfoque que estudie los niños dentro de sus ambientes y trate de entender las relaciones complejas entre ambiente y desarrollo saludable». «Ninguna persona sensata —escribe Id, Child's Custody in the Age of Children's Rights: the Search for a Just and Workable Standard. In *Family Law*

### 3. EL RETO DE LA EDUCACIÓN EN CASA DESDE UNA PERSPECTIVA IUSFILOSÓFICA

#### 3.1. El trasfondo filosófico jurídico de las razones que prohíben el *homeschooling*

Puede ser útil recordar brevemente el planteamiento que hace Böckenförde del problema de la integración que suscitó la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* al confiar el individuo a sí mismo y a su libertad, problema no percibido con nitidez mientras la idea de nación sirvió de factor unificador. Tras preguntarse «en qué medida los pueblos reunidos en un mismo Estado pueden vivir sólo de la garantía de la libertad del individuo, sin un vínculo unificador preexistente a esta libertad»<sup>35</sup>, sostiene que en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo Alemania ha cifrado la nueva base de homogeneidad en el complejo de convicciones axiológicas existentes, recurso que juzga, de acuerdo con la denuncia schmittiana de la «tiranía de los valores», insuficiente y peligroso para la libertad, ya que «abre la puerta al subjetivismo y al positivismo de las valoraciones cotidianas que, reclamando cada una de ellas la validez objetiva para sí, destruyen la libertad más que fundarla»<sup>36</sup>.

De ahí su conocido teorema: «El Estado liberal, secularizado, vive de presupuestos que por sí mismo no puede garantizar. Este es el gran riesgo que, por amor de la libertad, el Estado debe afrontar»<sup>37</sup>. Su liberalismo implica que las libertades de los ciudadanos sean reguladas a partir de la sustancia moral del individuo y de la homogeneidad de la sociedad y, a la vez, le impide garantizar tales fuerzas reguladoras internas con los medios de la coacción jurídica y el mandato autoritario<sup>38</sup>. Esta separación entre Estado y sociedad civil, clave del constitucionalismo liberal<sup>39</sup>, está siendo refutada a partir de una concepción radical del Estado social y democrático.

Para el constitucionalista alemán, la pertinencia de la distinción no implica abolir el principio democrático, sino limitarlo y vincularlo, de modo que se garantice la doble vertiente política y cívica de la libertad<sup>40</sup>. La idea moderna de libertad que inspira los

---

*Quarterly*, vol. 33, n. 3, 1999, pp. 815-832, p. 816—proclamaría la emancipación de los niños; las leyes que confieren a los padres el poder de controlar y tomar decisiones que afectan a los niños son claramente componentes necesarios de una sociedad democrática». Tras explicar el desarrollo del modelo del interés superior del niño y los argumentos a favor y en contra del mismo, señala que el futuro del derecho de tutela depende de la mejora del modelo, no de su sustitución por alternativas que no adoptan una perspectiva centrada en el niño. De hecho, Id. *From Property to Personhood: a Child Centered Perspective on Parents' Rights*. In *Georgetown Journal of Fighting Poverty*, 5, 1998, pp. 313 ss, critica a los defensores de la familia tradicional que se oponen a la Convención de los derechos del niño, en la que ven una amenaza a los derechos de los padres.

<sup>35</sup> E-W. Böckenförde. La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione, in Id. *Diritto e secolarizzazione*. Dallo Stato moderno all'Europa unita. Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 52.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 52-53.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 53.

<sup>38</sup> «Habría que preguntarse una vez más —con Hegel— si también el Estado mundano secularizado debe en definitiva vivir de los impulsos y fuerzas unificadoras interiores mediadas por la fe religiosa de sus ciudadanos. No, desde luego, transformándose en «Estado cristiano», sino más bien de modo que los cristianos dejen de ver en él algo extraño y hostil a su fe, para verlo como la oportunidad de libertad que es también tarea suya realizar y conservar», sostiene *Ibid.*, p. 54.

<sup>39</sup> Cfr. E-W. Böckenförde. L'importanza della separazione fra Stato e società nello Stato sociale democratico di oggi. En Id. *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 82-114.

<sup>40</sup> *Ibid.*, pp. 97-98.

derechos individuales fundamentales ha erosionado la religión como fuerza generadora de homogeneidad y las verdades comunes pre-rationales heredadas a través de los conceptos de pueblo y nación, de manera que el vínculo que mantenga unida la sociedad y el Estado debe hoy nacer de modo laico. Asistimos, muchas veces impotentes, a los procesos de la globalización y los avances de la tecnología, que provocan el desarraigo en la forma de vida<sup>41</sup>.

Democracia y estatalidad demandan el refuerzo y la renovación de la integración por medio de la constitución y consolidación de múltiples contextos de asociación y comunidades socio-culturales, así como de la mediación entre los desacuerdos normativos que se difunden en la sociedad. Böckenförde llama, no obstante la validez y posibilidad de esta vía, a no descuidar la dimensión política y estatal: a veces es precisa «una formación activa de las conciencias iniciada por la política y sostenida por el Estado» —escribe—. Dado que sólo cabe reconocer, acoger e integrar al distinto desde una identidad y no desde una mera libertad abstracta y vacía, cuando tal elemento unificador falta o disminuye, la integración se convierte en una tarea de gobierno que deberá tener en cuenta lo existente hasta ahora, pero también descubrir nuevos factores de vida en común y transmitirlos a todos<sup>42</sup>. Tradición y creatividad resultan, pues, esenciales<sup>43</sup>.

Ahora bien, entre la política y la ética presente en una sociedad, el derecho ni es ajeno a la política, ni es neutral respecto de la ética, pero tampoco puede dejarse absorber por ellas degenerando en totalitario. Sólo así, observa Böckenförde, se convierte en el «lugar de la libertad posible»<sup>44</sup>: si puede «sostener y proteger normativamente reglas de vida y actitudes éticas preexistentes» e «incluso mantener hasta cierto punto despierta la conciencia ética en la sociedad», el derecho nunca podrá «crear desde la nada, con una disposición normativa, una conciencia ética ausente o salvaguardar reglas éticas de vida en vía de disgregación»<sup>45</sup>.

Pues bien, aunque prevalece en Alemania la percepción de que el *homeschooling* no contribuiría en nada al objetivo prioritario de la integración, hay voces que no contraponen a priori tal necesidad de integrar a los ciudadanos y la apuesta por una libertad de educación que no excluya por principio toda educación extra-oficial. Se ha conside-

---

<sup>41</sup> Cfr. Id. Il futuro dell'autonomia politica. Democrazia e statalità nel segno della globalizzazione, dell'europeizzazione y dell'individualizzazione. In *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 216-218.

<sup>42</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 220-221.

<sup>43</sup> «Para integrar social y políticamente a los 'Hijos de la Libertad' hace falta fantasía creadora», afirma *Ibid.*, p. 221. «Si la escuela —insiste *Ibid.*, pp. 221-222— viene entendida como simple imagen especular de la sociedad, como lo es, pero no sólo, y su misión educativa es minimizada o negada y la institución de los fines educativos declarada impracticable o inadmisibles por la vía del pluralismo, entonces queda improductiva una parte esencial de la tarea de la integración, que es también y sobre todo indispensable para una comunidad organizada democrática y liberalmente».

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 222-223, subraya la importancia de buscar en el contexto de individualización y globalización una nueva estabilidad que sustituya la seguridad de antaño y advierte que fenómenos como las sectas, las ideologías abstractas y los extremismos tienden a crecer en la medida en que las instituciones sociales y pre-políticas como la familia, el vecindario, las asociaciones —cemento «tocquevilliano» de la democracia americana— pierden su capacidad de sostener e integrar. «Sólo en base a determinadas certezas, con cuya ayuda se puede determinar el propio puesto, la percepción de las posibilidades y la elección entre ellas se convierten en un acto de libertad y de realización de la libertad. Ello puede también desarrollar la propia identidad, pero no abolirla», p. 223.

<sup>45</sup> E-W. Böckenförde, La scuola storica e il problema della storicità del diritto. In *Id.* *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 27 y 29.

rado, por ejemplo, falaz el argumento de las sociedades paralelas: «el miedo a la desintegración de la sociedad no puede ser la clave interpretativa de los derechos constitucionales»<sup>46</sup>. Una adecuada ponderación del derecho de los padres, el interés superior del niño y el papel del Estado en educación —escribe Reimer— no debe ser esquemática ni rígida, sino atender al caso concreto. Ve paradójico que la escolarización obligatoria de los hijos de padres que pertenecen a minorías se defienda con el argumento de la tolerancia hacia ellas y que el principio constitucional de proporcionalidad, al usarse contra el *homeschooling*, en vez de proteger la libertad individual, exigiendo al Estado proporción a la hora de limitar aquélla, proteja su restricción, exigiendo a los padres un comportamiento proporcionado, lo cual muestra que, a juicio de los tribunales, el incómodo uso de la libertad por parte de las minorías ha de justificarse<sup>47</sup>. «Las autoridades escolares y tribunales alemanes... parecen a veces tener la tentación de renunciar al liberalismo», sostiene este autor. Y es que, concluye, hay dos modos de realizar el pluralismo: el de «una sociedad que proporciona tolerancia y otras competencias sociales por medio de la creación y dirección de foros obligatorios (como las escuelas)» y el de «una sociedad que deja el surgimiento de tales foros a los mismos grupos sociales y organizaciones»<sup>48</sup>. No cabe duda de que conviene que existan tales foros comunes, más allá del parlamento y los medios de comunicación. Pero ¿ha de crearlos el Estado o es tarea que compete a la sociedad civil?

En España, Prieto Sanchís subraya que la libertad actúa como clausura de nuestro sistema constitucional: la libertad jurídica es la regla, no la excepción. «Todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse *en principio* jurídicamente permitido, y la extensión a esa esfera de inicial permisón de normas imperativas que limitan la libertad requiere un respaldo constitucional suficiente; es decir, requiere la existencia de algún valor que pueda o deba ser protegido en un Estado de Derecho y cuya garantía exija un cierto sacrificio de la libertad»<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> F. Reimer. School attendance as a civic duty v. home education as a human right, cit., p. 12.

<sup>47</sup> Ibid, p. 13.

<sup>48</sup> Ibid, p. 14.

<sup>49</sup> L. Prieto Sanchís. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. En *Derechos y Libertades*, número 8, 2000, p. 465; pp. 459 ss, sobre el derecho general de libertad como norma de clausura de nuestro sistema de libertades. «La norma de clausura —concluye en p. 468— no implica ninguna sobrevaloración acrítica de la libertad individual; al contrario, viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría trucada en favor de la autoridad. Aceptando el igual valor en abstracto de todos los derechos y bienes constitucionales y, por tanto, el igual valor de la libertad y de sus restricciones, lo que se sugiere es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad. Primero, porque el derecho general supone una apelación a la racionalidad donde antes sólo existía el imperio de la autoridad o, más exactamente, porque con ella viene a completarse la legitimidad formal (democrática) de la ley con una exigencia de legitimidad material que es indispensable si es que las libertades y los derechos representan decisiones básicas de orden constitucional. Y, en segundo término y como corolario de lo anterior, porque la norma de clausura significa justamente que en las esferas que afectan a la posición del individuo las libertades no son excepciones circunstanciales en un mundo dominado por las decisiones del legislador, las cuales sólo deberían «rendir cuentas» cuando entran en conflicto con una libertad o derecho específico, pero sólo entonces; sino, al contrario, que los deberes jurídicos, los mandatos y las prohibiciones, representan limitaciones a la libertad, excepciones a la regla general de libertad y que, como tales excepciones, deben justificarse. En el fondo, *el derecho general de libertad es una consecuencia de concebir*

### 3.2. Consideraciones sobre la oportunidad de reconocer y regular el *homeschooling*

Investigaciones pedagógicas recientes muestran que la heterogeneidad del alumnado es incompatible con un programa único o medios de educación uniformes<sup>50</sup>. La pérdida de homogeneidad en nuestras sociedades hace que, cuando una política educativa ofrece posibilidades pedagógicas y religioso-filosóficas diferentes y, sin descuidar la cohesión social<sup>51</sup>, garantiza posibilidades de elección respetuosas con la libertad y la equidad, que los alumnos se desarrollen mejor y el fracaso escolar disminuya.

Hace dos años, el profesor Charles Glenn defendió la propuesta de conjugar libertad de educación e integración social<sup>52</sup>. La libertad de educación es un bien común precioso para la democracia, siempre que se enseñe a convivir con personas de distintas culturas o ideas opuestas. Formar sujetos aptos para convivir y construir en nuestra sociedad democrática y cada vez más multicultural es un reto ineludible.

No otra directriz estableció, de alguna forma, el artículo 27.2 CE —pieza clave en todo este asunto—. Pero ¿hay un único modo de satisfacer tal finalidad constitucional de la educación? De acuerdo con la CE, la LOE y la Convención de los Derechos del Niño, la enseñanza en centros oficiales es un modo privilegiado de garantizar la efectividad del derecho a la educación del niño<sup>53</sup>. Por su parte, el *homeschooling*, hoy por hoy, es ilegal en

---

*al Estado y a las instituciones como instrumentos o artificios al servicio del individuo, y me parece que ésta es la médula de la filosofía política que representa el fundamento de un modelo constitucional basado en los derechos».* Cursiva mía.

<sup>50</sup> Cfr. L. Woessmann. European “education production functions”: what makes a difference for student achievement in Europe? Brussels, European Commission, Directorate General for Economic and Financial Affairs, 2003; Id and P.E. Peterson (eds). *Schools and the equal opportunity problem*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2007.

<sup>51</sup> Ch. Glenn. El mito de la escuela pública. Madrid, Encuentro, 2006, p. 270, considera que además de promover la libre elección de escuela por los padres, es importante que los colegios sean «escuelas con cohesión que desarrollen el carácter y las virtudes cívicas y que sean eficientes desde el punto de vista educativo». Por ello, concluye en p. 274, «sólo será posible reconstruir un apoyo amplio a la enseñanza pública si se hace hincapié en... la ampliación de la libertad de elección de los padres y se trabaja con el máximo cuidado en el desarrollo de una diversidad educativa que ofrezca enfoques diferenciados para los objetivos comunes esenciales para nuestra sociedad».

<sup>52</sup> Cfr. Ch. Glenn. Are Educational Freedom and Social Integration Enemies? En *Educación, democracia y ciudadanía*, de VVAA, Madrid, 2010, pp. 87-106.

<sup>53</sup> Como se sabe, la Constitución española no declara obligatoria la escolarización del menor. Según su art. 27.4, la enseñanza básica ha de ser obligatoria y gratuita, pero no prescribe que tal enseñanza básica se lleve a cabo necesariamente en escuelas oficiales. Pero el legislador ha querido dejarlo claro. Según el art. 3.3 de la LOE 2/2006 de 3 de mayo, la educación básica comprende la educación primaria y la secundaria; el art. 4.1 repite que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todas las personas y, en su párrafo segundo, establece que dicha enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y que se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. Así constaba ya en el art. 9 de la LOCE 10/2002 de 23 de diciembre y en el art. 4 de la LODE 8/1985, de 3 de julio. En todo caso, la enseñanza en centros docentes oficiales es un modo privilegiado de garantizar la efectividad del derecho a la educación del niño. Por un lado, es acorde con el sistema mixto público-privado de protección de los menores: si bien los padres son los primeros encargados de asistir al menor, los poderes públicos colaboran por medio de políticas de bienestar dirigidas a lograr la plena efectividad de los derechos de los menores o mediante el control de la corrección de la actividad paterna (art. 39 CE). Por otro, varias razones aconsejan optar por la escolarización: en primer lugar, los poderes públicos deben garantizar el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes (art. 27.5) y además deben inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes (art. 27.8);

España y no todos los que educan a sus hijos en casa ven conveniente para sus propósitos su regulación<sup>54</sup>. Pero para defender que la pluralidad de modos de educar puede beneficiar a la convivencia democrática, hay que hacerlo desde dentro del Ordenamiento jurídico (no al margen o sustrayéndonos al mismo) y aportando razones que puedan persuadir a la ciudadanía y al legislador de la oportunidad de reconocer este modelo educativo<sup>55</sup>. No es deseable la inseguridad jurídica que provoca el que alrededor de 2/3000 familias eduquen a sus hijos en casa, en un país que ha excluido mediante Ley Orgánica tal posibilidad y cuyo Tribunal Constitucional ha declarado válida tal exclusión<sup>56</sup>.

Ahora bien, reconocer la relevancia jurídica de un hecho implica calificarlo<sup>57</sup>, ya sea para reconocerle eficacia jurídica sin más —lo cual parece arriesgado, advierte Madalen Goiria<sup>58</sup>—, ya para entrar a regularlo, con mayor o menor flexibilidad, según el abanico de posibilidades existentes. Habrá que discernir, a la luz del Derecho Comparado<sup>59</sup> y atendiendo a la realidad española, qué resulta más realista y razonable.

---

en segundo lugar, el art. 27.2 dista mucho de reducir la educación a mera transmisión de conocimientos, al concebirla encaminada al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, y la escolarización es un medio que contribuye, de modo continuado y no meramente ocasional, a introducir al menor en la sociedad plural, poniéndole en contacto con las diferentes personas e ideas que la conforman; por último, de acuerdo con el art. 39.4 CE y el art. 28.1 e) de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el Estado deberá adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

<sup>54</sup> Cfr. C. Cabo. El *homeschooling*..., cit., parte III. Análisis Cualitativo, apartado 6.

<sup>55</sup> Razones que desvelen su juridicidad implícita. Como subrayara G. Zaccaria. L'analogia come ragionamento giuridico. In *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 4, p. 1538, «asistimos a la emergencia ininterrumpida de situaciones particulares siempre nuevas... La experiencia jurídica... es un pulular de analogías y diferencias; la unidad del ordenamiento no se realiza sacrificando las diferencias, sino reconduciéndolas a la unidad de la disciplina normativa».

<sup>56</sup> Si el TC ha dejado la puerta abierta al reconocimiento legal del *homeschooling*, el Tribunal Supremo avaló en su día la legitimidad de esta opción educativa y muchos Fiscales y Defensores del Pueblo se han pronunciado de forma favorable, ¿qué disuade a los políticos de regular la educación en casa? A juicio de C. Cabo. El *homeschooling* en España, cit., parte IV, apartado 6, «la razón fundamental... se debe a que no reciben del colectivo *homeschooler* la presión necesaria. El motivo de esta falta de presión radica en la división existente dentro del grupo *homeschooler* respecto al modelo de relación que desean mantener con las instituciones legalmente constituidas: así, frente a una minoría favorable al reconocimiento y a la regulación, aparece una mayoría que se opone». Cfr., por ejemplo, el Informe anual del Defensor del Pueblo Andaluz, 2005, VII legislatura, 18/5/2005, pp. 40-48 y el pronunciamiento del Ministerio Fiscal en el Recurso de Apelación contra el Auto 312/2011, de 12 de septiembre, dictado en procedimiento de jurisdicción voluntaria número 663/2011 del juzgado de san Vicente de Raspeig (Alicante).

<sup>57</sup> Cfr. P. Piovani. Il significato del principio di effettività. Milano, 1953, p. 127.

<sup>58</sup> M. Goiria. La opción de educar en casa, cit., p. 397: «plantear en abstracto el mero reconocimiento es dar un cheque en blanco a la Administración para que una vez reconocido el derecho a la opción, plantee el tipo de regulación que le parezca más conveniente». De ahí que, en relación con las reivindicaciones de ALE, indique que «si lo que se pide es que se vuelva a los exámenes libres... de manera que se puedan obtener, sin penalización de edad, las certificaciones académicas oficiales, eso implica en sí una regulación normativa. Por ello, lo ideal sería plantear con claridad ante la Administración los intereses y preocupaciones de las familias que educan en casa, que fuera de toda duda actúan en interés de los menores a su cargo, de modo que sirvan de guía a la Administración a la hora de plantear la regulación, por muy mínima que sea, que acompañe al reconocimiento», p. 398.

<sup>59</sup> Cfr. Ch. Glenn. *Contrasting Models of State and School*. New York, NY: Continuum, 2011. En [www.HSLDA.org/laws](http://www.HSLDA.org/laws) se ofrece una panorámica completa de las diversas regulaciones, requisitos y tipos de evaluación por los que han optado muy diferentes países en el mundo, que cabe clasificar en cuatro grupos: los que prohíben el *homeschooling*, los que lo regulan con dureza y como un mal menor a tolerar, los que lo regu-

Conviene encontrar una fórmula que haga compatibles una amplia libertad de educación y la enseñanza básica obligatoria que debe garantizar el Estado<sup>60</sup>: la escuela obligatoria pasaría el test de la adecuación a la Constitución, pero no el de la indispensabilidad, ni el de la proporcionalidad. No faltan propuestas reguladoras dignas de atención<sup>61</sup>.

Qué condiciones debería reunir una posible regulación española de la enseñanza en casa es una cuestión compleja, que no cabe abordar aquí. Me limito a hacer dos observaciones íntimamente relacionadas.

- a) con respecto al objetivo que el art. 27.2 CE asigna a la educación, una cosa es la obediencia a la Constitución, exigible a todo ciudadano, y otra la adhesión a los valores que la inspiran y a la interpretación mayoritaria de los mismos, que no lo es<sup>62</sup>.

El sometimiento a un mismo modelo educativo, a la uniformidad de métodos y curricula podría suponer el riesgo de trivializar las creencias, los valores y las implicaciones de pertenecer a una tradición<sup>63</sup>. Algunas de las conclusiones de la tesis de Cabo

---

lan con medidas moderadas y, por último, los que lo regulan benévolamente o respetan la opción de educar en casa sin someterla a regulación alguna. También, C. Cabo. El *homeschooling* en España, cit., en el apartado 6.1. de la parte I, se ocupa del marco legal de la educación en casa en el mundo, mostrando el grado diverso de libertad del que gozan los que optan por tal modalidad educativa, así como las muy diferentes medidas que cabe establecer para el reconocimiento, la supervisión y la evaluación del *homeschooling* por parte del Estado.

<sup>60</sup> Como sostiene A.M. Redondo. *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia, IDP-Tirant lo Blanch, 2003, p. 125. La opción por educar en casa es avalada en el art. 55.2 de la Ley12/2009 de 10 de julio reguladora del sistema educativo de Cataluña, que también prevé en el art. 55.7, la creación de un registro en el que consten los datos de los *homeschoolers*.

<sup>61</sup> M. Goiria. La opción de educar en casa, cit., pp. 369 ss aborda la exigencia de homologación que impone el art. 27.5 CE al sistema educativo. En pp. 400 ss expone las propuestas de la Coordinadora Catalana Educar en Familia y la Asociación para la Libre Educación, las de otras instancias —Defensores del pueblo y Ministerio Fiscal, entre otros— y las hechas por la doctrina.

<sup>62</sup> Como es sabido, el art. 27.2 CE ordena que la educación se encamine al pleno desarrollo de la personalidad humana, desde el respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha reconocido expresa y reiteradamente que no puede imponerse una adhesión positiva al sistema constitucional en las Sentencias del TC48/2003, de 12 de marzo (FJ 7.º); 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 4.º), y 12/2008, de 29 de enero (FJ 6.º), en los siguientes términos: «En nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de *democracia militante* [...], un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución». Cfr. J.J. Solozábal Echevarría. La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación. En *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, de VVAA, Madrid, CEPC, 2007, pp. 144-146. En su voto particular discrepante de la mayoría de la STS 11/2/2009, en el recurso n. 948/2008, Peces Morate cuestionó la existencia de «una ética o moral universal que derive como precipitado natural y lógico de las Declaraciones de derechos» y sostuvo que, a la hora de garantizar una convivencia ordenada y pacífica en sociedades plurales, «la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes, pero no para acomodar las conciencias a una determinada forma de pensar y sentir, por muy común que sea».

<sup>63</sup> Es lo que P. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., p. 11, critica a Rob Reich. De un lado, si a los inmigrantes que solicitan su ciudadanía, no les exigimos una forma de pensar o la adhesión a valores clave como el de autonomía, sino ciertos compromisos y habilidades, ¿por qué exigirselo a los *homeschoolers*? De otro, la contribución de las escuelas públicas a educar jóvenes autónomos es más que cuestionable. El hedonismo y formas burdas de individualismo y utilitarismo dominan con frecuencia el ambiente, como pone de relieve J. Davison

dejan entrever el peligro que encierra cierta interpretación de los fines a que debe encaminarse toda educación por imperativo constitucional (art. 27.2 CE)<sup>64</sup>. Firme partidario del reconocimiento y regulación del *homeschooling* por razones de seguridad jurídica, de controles —razonables— de la calidad de la instrucción recibida por los homeschoolers y de la adecuación de su nivel de socialización<sup>65</sup>, termina exigiendo a las familias el compromiso decidido con un modelo de educación integral, crítica y autónoma, que evite a toda costa el adoctrinamiento. Los padres que educan en casa están en su derecho de ofrecer a sus hijos sus valores (los de la familia), pero deben limitarse a proponerlos como una opción más entre otras muchas posibles, respetando así el derecho a la libertad y a la autonomía a que la Constitución obliga<sup>66</sup>.

Primero, la exigencia de neutralidad o de no adoctrinamiento, tal y como ha ido siendo configurada por la jurisprudencia de nuestro TC y del TEDH, con sus luces y sus sombras, va dirigida a la escuela pública. Segundo, consciente o inconscientemente, el autor parece tratar de imponer la visión mayoritaria, la más compartida o la más defendida por los psico-pedagogos y/o los políticos actuales, de la educación, a esa minoría de padres que optan por educar a sus hijos en casa, siguiendo un modelo distinto al prevalente y oficial en España. Tercero, mira con desconfianza a las familias que educan en casa e, ignorando la crítica que todo menor hace, antes o después, de lo recibido de sus padres, trata de garantizar el carácter crítico de la educación en casa, exigiendo que se adecúe a una cierta manera de entender tal espíritu crítico.

Resulta tentador, en la línea de Reich y Guttman, contraponer la educación escolar en la autonomía personal a la super-protección de los menores por parte de sus padres *homeschoolers*, pero ¿responde a la realidad? No debemos menospreciar la noción de autonomía, ni su nobleza como objetivo educativo, pero sí cabe cuestionar su aptitud para guiar una regulación estatal, dada la dificultad, si no imposibilidad de medir aquélla con precisión<sup>67</sup>.

---

Hunter. *The Death of Character: Moral Education in an Age Without Good or Evil*. New-York: Basic Books, 2000. Tampoco es claro que los libros de texto ofrezcan una amplia gama de opciones vitales sobre la vida buena. Esta es la paradoja de la escuela hoy, como sostiene M. Borghesi. *El sujeto ausente. Entre el nihilismo y la memoria*. Madrid, Encuentro, 2006, pp. 56-57: «por un lado, la cultura que ella transmite, fundada en la idea de la abolición del yo, es solidaria con el nihilismo imperante, con la mercantilización integral de la vida. Por otro, se le pide reaccionar ante la degradación, forjar modelos positivos, responder a las emergencias sociales mediante cursos sobre droga, medio ambiente, educación sexual, vial, de la salud, etc. Se pide a la escuela una conciencia ética, humanista, en el momento mismo en que se convierte en lugar de sepultura de aquella tradición».

<sup>64</sup> Que no es cuestión baladí lo muestra el Auto 401/12 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Girona, de 8 de junio de 2012, que considera al menor en situación de riesgo, ya que la finalidad de la educación prevista en el art. 27.2 CE «no se puede cumplir en este caso a través de la enseñanza domiciliaria, siguiendo los valores cooperativistas tradicionales», imposibilidad que decreta a priori. Cfr. <http://www.slideshare.net/educacionsinescuelalla-opcion-de-educar-en-casa-tesis-corregida>, pp. 313 ss.

<sup>65</sup> C. Cabo. *El homeschooling en España*, cit., dedica el apartado 5 del análisis cualitativo (IV) a la socialización en la educación en casa, preocupación que surge de la sospecha de que fuera de la escuela el niño no adquiere la misma o la necesaria capacidad de relacionarse socialmente. Me interesa destacar dos de las conclusiones que saca: una, que la escuela, por mucho que se conciba o la conciban los pedagogos como medio de socialización y emancipación, está muy lejos de educar para libertad y la autonomía que proclama; y dos, que muchos padres no llevan a sus hijos al colegio para no romper el vínculo de apego que han creado, convencidos de que la escolarización temprana es perjudicial. Ambas exigen investigación, debate y reflexión.

<sup>66</sup> Cfr. C. Cabo. *El homeschooling en España*, cit., parte IV, apartado 6: conclusiones y punto de vista personal. En una línea parecida, cfr. A.M. Redondo. *Defensa de la Constitución...*, cit. p. 165.

<sup>67</sup> Cfr. en este sentido P. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., pp. 9-10.

- b) en cuanto al seguimiento de los *homeschoolers*, en conexión con lo dicho sobre la finalidad constitucional de la educación, habría que articular mecanismos de evaluación de sus conocimientos y habilidades básicas, así como de su nivel de socialización, que garanticen su preparación para acceder en igualdad de condiciones a puestos profesionales en el futuro y la obtención de títulos homologados correspondientes a su nivel real de formación. Ello exigiría, claro está, un registro de los *homeschoolers*<sup>68</sup>.

A mi juicio, se deben evaluar las competencias básicas —como lectura, escritura y matemáticas—, no la mayor o menor correspondencia de la educación recibida con ciertos valores, por decisivos que sean éstos en la formación de una persona (como lo es, sin duda, la autonomía personal)<sup>69</sup>. Y ello por dos razones: por el mucho más amplio acuerdo que existe en torno a las primeras y por la dificultad, si no imposibilidad, de medir con rigor la segunda, como sus mismos defensores admiten, aunque no renuncien a erigirla en criterio clave de sus propuestas político legislativas<sup>70</sup>. A la hora de regular jurídicamente un fenómeno, la objetividad y la precisión son esenciales para evitar la manipulación ideológica. Si no está claro qué implica educar para la autonomía y es un objetivo no medible, ¿cómo saber el currículum y los métodos que todos deben usar para lograrla? ¿por qué renunciar a la pluralidad de vías para educar sujetos autónomos?

Los conflictos relativos al *homeschooling* no demandan respuestas uniformes y fijas, ni a favor, ni en contra de este modelo educativo<sup>71</sup>. Como advirtió Bertrand Russell, «es difícil argumentar sobre la cuestión casa *versus* escuela en abstracto»<sup>72</sup>. No hay mejor guía para una regulación prudente que la atención a la realidad que se desea ordenar: conocer, escuchar y contar con el rico y heterogéneo colectivo *homeschooler* debería ser la primera exigencia a respetar por el legislador<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> Medidas ambas que *Ibid.*, p. 15, considera restrictivas de la libertad de educación y necesitadas de justificación. Según él, el principio de presunción de inocencia y el hecho de que los *homeschoolers* no reciben financiación estatal hacen que la carga de la prueba recaiga en el Estado, que podrá intervenir sólo cuando tenga pruebas de que los padres no proporcionan las competencias básicas a los niños, incurriendo en negligencia o abuso.

<sup>69</sup> Cfr. P.L. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., pp. 14-15.

<sup>70</sup> Cfr. R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit., p. 161, pp. 169-171. Este autor hace cuatro propuestas al legislador: un registro de *homeschoolers*, los padres deben probar que educan de acuerdo con los intereses del Estado y del niño, garantizar que sus hijos se verán expuestos al influjo de creencias y valores distintos a los suyos y evaluación anual del progreso académico.

<sup>71</sup> Cfr., en este sentido, A. Rodríguez Guitián. *Daños causados a los hijos por incumplimiento del deber de educar*. En J.R. de Verda y Baamonde (coord). *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 419-434, quien en pp. 363 ss hace consideraciones muy sensatas sobre la excepcionalidad de la privación de la patria potestad como medida a tomar en los casos más graves de abuso o exceso en el ejercicio del deber de educar por parte de los padres (a la hora de castigar o corregir a los hijos), la cual excluye, con mayor razón, en los supuestos de dejación o abandono del cumplimiento del deber de educar (no escolarización y absentismo), salvo que concurren otras circunstancias agravantes.

<sup>72</sup> B. Russell. *Education and the Social Order*. London: Unwin Books edition, 1967, p. 41.

<sup>73</sup> M. GOIRIA. La opción de educar en casa, cit., pp. 435 ss reclama «el establecimiento de relaciones de confianza y mecanismos de comunicación estables entre el colectivo y el Estado», lo cual «favorecería ámbitos de colaboración», p. 445. Tal parece el espíritu del Anteproyecto de la LOMCE, en su Exposición de Motivos, II: «Son necesarios canales y hábitos que nos permitan restaurar el equilibrio y la fortaleza de la relación alumno, familia y escuela. Los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. El sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones».

En cualquier caso, si la clave de una política educativa abierta y apta para la sociedad compleja y plural en la que vivimos reside, como muestran los 4 magníficos volúmenes editados por Charles Glenn y Jean de Groof, en saber armonizar con prudencia libertad educativa, autonomía de los centros y responsabilidad con los estándares comunes<sup>74</sup>, hay razones para abrirse al *homeschooling* como una experiencia enriquecedora y flexibilizadora de nuestro modelo educativo<sup>75</sup>.

Parece, sin embargo, que frente al principio de intervención mínima del Derecho y de subsidiariedad del Estado, tiende a prevalecer una suerte de alianza entre ciertas corrientes psicopedagógicas y una concepción estatalista de la democracia en menoscabo de la libertad individual y social. No podemos perder de vista el peligro que suponen los monopolios, sea el del espacio público<sup>76</sup>, el de la racionalidad (por parte de la ciencia) o el de la educación (ya por parte de las familias, del Estado<sup>77</sup> o de los psico-pedagogos). Subrayemos una vez más que la legitimidad del Estado democrático actual «no se encuentra en la regla de la mayoría, sino en la libertad de todos»<sup>78</sup>. Los juristas prestan un gran servicio a la sociedad cuando le recuerdan algo que la nuestra no parece particularmente dispuesta a aceptar: que las grandes cuestiones no se resuelven sólo ni principalmente por la vía jurídico-política.

Un reto no menor es combinar equilibradamente el principio de la mayoría con el de respeto a las minorías. Unas veces se pretende ofrecer a los alumnos una educación cristiana, como en Noruega, país de mayoría evangelista<sup>79</sup>, otras se quiere dar cultura religiosa y moral desde el enfoque de la teología suní de la mayoría musulmana en Turquía<sup>80</sup>, a veces se intenta inculcar los valores éticos comunes que componen la moral subyacente a los derechos fundamentales como en la EpC española<sup>81</sup> y otras se intenta integrar a las minorías por medio de la escuela obligatoria como lugar idóneo para ello, como hemos visto en la jurisprudencia sobre *homeschooling*. Siempre estamos ante una mayoría que desea proporcionar una enseñanza con finalidad integradora a través del sistema educativo y con carácter obligatorio.

---

<sup>74</sup> Cfr. Ch. Glenn, J. Groof. *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. 4 vols, Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2012.

<sup>75</sup> En las conclusiones de su tesis, M. Goiria. *La opción de educar en casa*, cit., pp. 435 ss, además de defender, *lege ferenda*, una libertad de enseñanza que se oponga a la vocación monopolística del Estado, p. 436, y a su aspiración intervencionista, p. 437, afirma que «una interpretación de la escolaridad del modo más flexible y abierto puede ser la piedra angular de una nueva concepción del propio sistema educativo», p. 445.

<sup>76</sup> Como recordó J. Weiler, *El Discurso del Papa en el Bundestag versus Rawls y Habermas*. Conferencia dada el 22 de Octubre de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

<sup>77</sup> M. Goiria. *La opción de educar en casa*, cit., p. 394 apunta que, «a pesar de que la educación sea considerada como uno de los pilares de la sociedad del bienestar, y corresponderle por ello al Estado y a las administraciones públicas un activo papel en cuanto a su defensa y realización práctica, no por ello ha de monopolizar la consecución de sus fines y el modo en que éstos hayan de llevarse a cabo en la práctica, y sobre todo, ese debate *no debe serle sustraído a la sociedad civil*. El Estado y las administraciones públicas deben establecer un diálogo permanente con la sociedad civil para la concreción del contenido del derecho a la educación en cada momento, para que sea capaz de responder a las necesidades sociales de cada momento, sin aferrarse a los moldes del pasado».

<sup>78</sup> A. Fernández-Miranda. *Educación para la ciudadanía...*, cit., p. 150.

<sup>79</sup> STEDH 2007/53 de 29 de junio de 2007, en el caso Folgero y otros c. Noruega.

<sup>80</sup> STEDH 2007/63 de 9 de octubre de 2007, en el caso Hassan y Eylem Zengin c. Turquía.

<sup>81</sup> Cfr. STS de 11 de Febrero 2009 sobre la asignatura «Educación para la ciudadanía», F.J. 6.º.

En el debate sobre el *homeschooling*, como en las polémicas sobre educación para la ciudadanía y educación afectivo-sexual, nos encontramos siempre ante la aporía de un Estado neutral y educador, como advirtiera en 1991 Ignacio Sotelo<sup>82</sup>.

En este sentido, la fijación de criterios objetivos claros para aplicar el concepto de neutralidad a la enseñanza pública y la articulación de un sistema sensato de exenciones<sup>83</sup>, de un lado, y, de otro, el reconocimiento de la educación en casa como alternativa válida —siempre dentro unos límites—, pueden actualizar nuestro modelo educativo. Este tipo de garantías de la libertad permitirán discernir si el ‘interés superior del niño’ se reduce a mero expediente del Estado para convertirse en instancia educadora privilegiada o si implica una tensión real, en colaboración con los padres y la sociedad en general<sup>84</sup>, por promover un entorno favorable para el desarrollo de la personalidad del menor<sup>85</sup>.

Como señaló el gran filósofo del Derecho Giuseppe Capograssi, la grandeza del Estado moderno reside precisamente en su carácter intrínsecamente plural<sup>86</sup>. Es la

---

<sup>82</sup> I. Sotelo. El Estado y la educación. En *El País* 11-7-1991. Por un lado, «el Estado moderno afirma su neutralidad ante las distintas cosmovisiones; identificarse... con una determinada religión o ideología pone en cuestión el pluralismo de la sociedad civil... Por otro, asume como una parte esencial de su responsabilidad financiar, organizar e impulsar la educación..., diseñando las líneas maestras del sistema educativo». «La aporía fundamental que pesa sobre la educación en nuestro tiempo consiste en que... precisa de un paradigma ideal de ser humano que se propone realizar, y justamente lo que caracteriza a nuestras sociedades contemporáneas es la multiplicidad de modelos y de ideales no compatibles entre sí... El que desde el despotismo ilustrado el Estado aspire a controlar el proceso educativo hasta convertirlo de hecho en un monopolio, choca directamente con el pluralismo que caracteriza a la sociedad civil». «No se puede educar para la tolerancia como único fin; hay que educar para fines que se definan positivamente, eso sí... compatibles con la tolerancia. Al fin y al cabo, se es realmente tolerante, no desde el vacío moral e ideológico, sino sólo desde la fortaleza que proporciona una verdadera identidad».

<sup>83</sup> Desde distintas perspectivas y disciplinas, han insistido en ello P. Rodríguez-Patrón. Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, pp. 172-183, que parte de dos conocidos casos de la Supreme Court norteamericana, para comentar luego la jurisprudencia del TEDH; L. Prieto Sanchís. Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia. En *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009, pp. 235-240, que no sólo considera que una asignatura obligatoria y con propósitos expresamente adoctrinadores en una presunta “ética común” puede resultar lesiva del principio de neutralidad, sino que, en caso de que se negara, habría buenas razones para defender la objeción de conciencia; J. Martínez Torrón. Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos humanos. En *Derecho de familia...*, cit., pp. 161-162 observa la oscilación del TEDH entre la afirmación decidida del derecho de los individuos y de las confesiones religiosas a difundir y manifestar libremente sus creencias y una interpretación restrictiva de los derechos de la libertad de conciencia cuando los preceptos morales del individuo entran en conflicto con obligaciones impuestas por leyes «neutrales» (que persiguen una finalidad secular legítima, pero que indirectamente limitan la libertad religiosa de ciertas personas, a menudo pertenecientes a confesiones minoritarias). Sobre la protección de la libertad religiosa como interés público primordial, insiste Id, The European Court of Human Rights and Religion. En *Law and religion*, de VVAA, Oxford University Press, 2001, pp. 201-202.

<sup>84</sup> Para D.B. Thronson. Kids Will Be Kids?, cit., p. 989, «los padres, las familias y la comunidad son fideicomisarios encargados de asistir a los niños desde la afirmación de sus derechos. Actúan en favor del niño, no de sí mismos o de la comunidad».

<sup>85</sup> Según B.B. Woodhouse. Reframing the Debate..., cit., p. 149, la socialización de los niños tiene lugar hoy primariamente a través del bombardeo continuo de los medios de comunicación, que compromete la verdadera autonomía de los padres. Comparando esta crisis cultural con la del medio ambiente que alarmó hace algunas décadas y aprovechando las enseñanzas del ecologismo, propone un paradigma en el que «el gobierno debería trabajar de acuerdo con los padres para tratar... estos daños al medioambiente de los niños».

<sup>86</sup> En efecto, para G. Capograssi. Considerazioni sullo Stato. In *Id. Opere III*, cit., p. 362, gracias a los dispositivos constitucionales encaminados a regular y garantizar la estructura dialéctica de la política, el Esta-

ausencia de identidades claras lo que homologa y uniformiza la sociedad: el pluralismo no se ve dañado, sino reforzado y enriquecido por la libre competencia entre distintos modos de educar, por la pluralidad de sujetos educadores y propuestas. Ahora que se ha tramitado una nueva Ley de Educación, el fenómeno del *homeschooling*, aunque minoritario, nos obliga a preguntarnos —a los profesores, pero sobre todo a los padres— cómo estamos educando y a sostener un diálogo constructivo entre experiencias que mejore la calidad de la educación de todos, sin contraponer artificialmente lo público a lo privado<sup>87</sup>.

El desarrollo de la libertad, la estima por la pluralidad y la capacidad de integración entre distintos es una obra educativa que supera, con mucho, las posibilidades de la escuela. Tampoco los padres se bastan a sí mismos en su tarea. Los *mass media* y las redes sociales, la era tecnológica y la sociedad de consumo son un enorme desafío<sup>88</sup> para todo educador, al cual sólo se puede responder con creatividad y coraje. Actitudes éstas que brotan de una educación narrativa<sup>89</sup>, de esa cultura de los bellos relatos que, como escribió Martín Garzo a propósito de la primera película de Sofía Coppola, basada en la novela *Las vírgenes suicidas* de Jeffrey Eugenides, «es algo tan simple como preguntarse qué oculta el corazón de una niña de 13 años»<sup>90</sup>. Nos alimentamos de la realidad, que constituye nuestro más íntimo sustento<sup>91</sup>, pero a ello contribuye la transmisión de experiencias que merecen ser contadas porque arrojan luz sobre la propia existencia, tornándola significativa, y tienen el maravilloso poder de mover la libertad.

---

do resiste contra las fuerzas salvajes individuales y colectivas y se convierte en obra de la razón: «En esto reside la profunda intuición de las constituciones modernas, basadas en la libertad política y la pluralidad de partidos; casi como para garantizar la multiplicidad integral y la variedad contrastante en que se rompe por su misma naturaleza la actividad política».

<sup>87</sup> M. G. de Rivera Hurtado. *Homeschooling: la responsabilidad de educar en familia*. En *Educación y Futuro: Revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, 2009 ABR (20), pp. 273-284, destaca el reclamo a la responsabilidad de la familia que supone la educación en casa.

<sup>88</sup> Cfr. B. Woodhouse. Reframing the Debate about the Socialization of Children, cit., pp. 83-87, 87-110 y 111-117. Sobre el papel del Derecho, señala que se «puede tener una percepción mucho más modesta de las leyes y políticas del gobierno ‘como una herramienta para adaptarse a las circunstancias cambiantes’, más que para forzar un cambio como ‘progresista’ o castigar un cambio como ‘perverso’.. En vez de hablar de derechos individuales, autonomía, moralidad y responsabilidad personal, cuando discutimos las intervenciones del Estado en la cultura de la infancia, podríamos hablar en el lenguaje orgánico y colectivo de los sistemas ecológicos, centrándonos en preservar las ‘energías renovables’, en el fomento del ‘desarrollo sostenible’ y en conservar o restaurar el ‘equilibrio ecológico’», pp. 118-119.

<sup>89</sup> Ch. Glenn. Fanatical Secularism, cit., la reclama frente al rol emancipatorio de toda tradición, religión y autoridad, que la pedagogía de moda atribuye a la educación. La emancipación está entre los elementos de una buena educación y puede ayudar a preparar el camino para el ejercicio de la libertad, pero no hace por sí misma libre a un hombre o una mujer. La educación que sostiene la libertad individual y una sociedad libre es la introducción en una cultura como contexto de significados y limitaciones que hacen posible el ejercicio de una libertad real. Por eso las reformas estructurales que sostienen la diversidad y la libre elección no son suficientes; deben ir acompañadas por la voluntad de afrontar la mucho más difícil cuestión de los objetivos, los significados y el contenido de una buena educación. Sólo la recuperación de las cosas permanentes, de los más altos logros de la humanidad puede servir de base para una educación que valga la pena.

<sup>90</sup> G. Martín Garzo, *Las vírgenes suicidas*. En *El País* 19-2-2012.

<sup>91</sup> M. Zambrano. *Hacia un saber sobre el alma*. Madrid, 2000, p. 104.

# CONSECUENCIAS JURÍDICO-CIVILES DEL EJERCICIO DE LA EDUCACIÓN EN CASA<sup>1</sup>

*Alma María Rodríguez Guitián*

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid

## 1. REFLEXIONES SOBRE EL DEBER DE EDUCACIÓN DE LOS HIJOS

Este trabajo tiene por objeto el análisis de las consecuencias jurídicas que, desde la perspectiva del Derecho Civil, podría tener el ejercicio por los progenitores de este método educativo consistente en la educación en casa. Esto es, su finalidad es el examen de la conveniencia y oportunidad de adoptar una serie de medidas frente a los progenitores en esta hipótesis: en primer lugar la medida más grave, la privación de la patria potestad al amparo de los artículos 154 y 170 del Código Civil; en segundo lugar, la responsabilidad civil en virtud del artículo 1902 del Código y, por último, la imposición de la inmediata escolarización del menor *ex* artículo 158 del citado cuerpo legal. Pero el desarrollo del estudio de las consecuencias jurídico-civiles que posee el ejercicio de la educación en casa para los progenitores requiere llevar a cabo ciertas reflexiones previas acerca del concepto de educación y de lo sujetos responsables de la misma. En concreto, me detendré en la configuración de la educación como un deber paterno-filial en el Código Civil y si está justificada la intervención del Estado en la forma en que desarrollan los progenitores tal deber.

### 1.1. Configuración de la educación como un deber en el Código Civil

Así como la configuración de la educación como un derecho de los progenitores es muy clara en el artículo 27 de la CE 1978 (en especial en su párrafo tercero, en cuanto reconoce el derecho que asiste a los padres para decidir la formación religiosa y moral

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inscribe en el marco de un Proyecto de Investigación (Ref. DER2011-25092) acerca de la «Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho Europeo y Comparado», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación al grupo de trabajo de la profesora Esther Gómez Calle, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

acorde con sus convicciones), desde la promulgación del Código Civil en el siglo XIX la educación es concebida como un deber. En concreto, como un deber autónomo dentro del listado de los deberes inherentes a la patria potestad, institución esta última que se regula en el derogado artículo 155. En tal precepto se mantiene que el padre, y en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos no emancipados, entre otros, el deber de educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna. Con posterioridad, tras la redacción que proporciona al artículo 154 del Código Civil la Ley de 13 de mayo de 1981 para adaptarlo al texto constitucional, aún es más evidente la concepción de la patria potestad como una función social y no como un conjunto de derechos o facultades. Se trata de un poder fundamentalmente tuitivo de los menores dirigido al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los padres<sup>2</sup>. El artículo 154 del Código Civil señala que la patria potestad comprende, dentro de la esfera personal, el deber de velar por los hijos, de tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y dentro de la esfera patrimonial, el deber de representarlos y administrar sus bienes<sup>3</sup>.

Este artículo 154 del Código Civil es la concreción principal del párrafo tercero del artículo 39 CE, precepto que señala de modo genérico que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Se ha mantenido que el concepto de asistencia incluido en este precepto implica tanto la satisfacción de las necesidades materiales como el auxilio espiritual; es decir, la asistencia comprende la satisfacción de las necesidades que determine la personalidad del hijo, incluyendo la promoción y formación para su incorporación en la sociedad<sup>4</sup>. Por ello, aunque el precepto constitucional no menciona de forma expresa el deber de los padres de educar a sus hijos, a diferencia de otros textos constitucionales de nuestro entorno, ha de entenderse que tal deber se encuentra recogido de modo implícito en el término «asistencia»<sup>5</sup>.

Es destacable que el artículo 154 del Código Civil, al igual que suelen hacer otros Códigos, no desarrolla con precisión el alcance y la exigibilidad del deber de educación,

<sup>2</sup> L. Diez-Picazo y A. Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, 10.ª edición, 2006, p. 256.

<sup>3</sup> La redacción actual del precepto, modificado de nuevo por la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional, es la siguiente: «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 antes de adoptar decisiones que les afecten.*

*Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad».*

<sup>4</sup> F.J. Gálvez Montes. «Comentario al artículo 39 CE». En *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla (coord.), Madrid, 2001, p. 853.

<sup>5</sup> Así, el artículo 6.2 de la Ley Fundamental de Bonn señala que el cuidado y la educación de los hijos son derecho natural de los padres y constituyen una obligación que incumple primordialmente a ellos. Por su parte el artículo 30 de la Constitución italiana afirma que los padres tienen el deber y el derecho de mantener, instruir y educar a sus hijos, aunque hayan nacido fuera del matrimonio. Por el contrario, la Constitución española de 1931 sí que establece en su momento que los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos.

sino que se limita a mencionarlo como un deber más. Se ha sostenido que la razón de esta escasa reglamentación está en la índole de las funciones educativas e instructivas y en la variada circunstancialidad que en cada caso puede ofrecer<sup>6</sup>. Consecuencia derivada de tal regulación es que debe reconocerse, en principio, una discrecionalidad grande en el modo en que el progenitor desarrolla su obligación, de manera que puede realizar su deber en la forma que crea más conveniente<sup>7</sup>. Eso sí, con el límite legal de que tal obligación se ejerza en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Sin duda la admisión de este margen amplio en la actuación paterna queda justificada en virtud de la confianza que caracteriza la relación paterno-filial<sup>8</sup>. Es decir, cabe presumir que los progenitores son las personas que más fácilmente quieren a sus hijos y que este especial cariño les conduce a actuar de modo responsable respecto a los hijos y a saber mejor que ninguna otra persona aquello que les conviene. Además, la afirmación de la autonomía de los padres en el desarrollo de sus funciones parentales les facilita velar por los hijos y tener un mayor grado de implicación en su educación<sup>9</sup>.

## 1.2. Justificación de la intervención del Estado en el deber paterno de educar

Cabe afirmar, sin ninguna duda, que la responsabilidad primera y directa de la educación de la persona en sus primeros años de vida recae sobre los progenitores<sup>10</sup>. Ello se deduce del citado artículo 39.3 CE, que hace gravitar sobre los padres este deber de asistencia de todo orden respecto a los hijos, y también del artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en cuanto señala que incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Esta Convención ha sido ratificada por España y, por tanto, forma parte del ordenamiento español; pero además el artículo 39.4 CE 1978 encierra un mandato vinculante de actuación a los poderes del Estado, de modo que, de acuerdo con este precepto, el Estado (en sentido amplio) ha de garantizar que los niños gocen de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Consúltese F. Sánchez Román. *Estudios de Derecho Civil*. Tomo V, Vol. 2.º, Derecho de Familia, Madrid, 1912, p. 1139.

<sup>7</sup> Hace esta afirmación L. Barassi. *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*. Milano, 1947, p. 191, refiriéndose al vigente Código Civil italiano de 1942.

<sup>8</sup> S. E. Scott y E. R. Scott. «Parents as Fiduciaries». En *Virginia Law Review*, número 81, 1995, pp. 2418-2452, proponen una configuración de los progenitores como fiduciarios, modelo que a su juicio es un régimen óptimo para regular la relación entre padres e hijos y reduce los conflictos de intereses dentro de la relación paterno-filial. El papel de la normativa legal a la hora de regular la relación paterno-filial dependerá mucho de si se está o no ante familias sanas o en quiebra. Cuando las familias son desestructuradas sí que se requieren reglas jurídicas más elaboradas para solucionar los posibles conflictos, pero en familias sin problemas no se precisa una exhaustiva regulación legal para el ejercicio de los deberes paterno-filiales.

<sup>9</sup> En este sentido C. Ruisánchez Capelastegui. *La privación de la patria potestad*. Madrid, 2006, p. 27.

<sup>10</sup> La doctrina parece de acuerdo en dicha afirmación. Véase H. Corral Talciani. *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*. Santiago de Chile, 1994, p.197; E. Roca Trías. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*. Madrid, 1999, p. 223 y C. Ruisánchez Capelastegui. *La privación de la patria potestad*, cit. p. 20.

<sup>11</sup> Véase P. Cachón Villar. «Comentario al artículo 39 CE». En *Comentarios a la Constitución Española*. Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir), Madrid, 2008, pp. 1003 y ss (especialmente p. 1020).

Los progenitores están, pues, obligados de forma primaria a educar a los hijos. Para ello pueden dirigir y orientar esa educación del modo que crean más conveniente. De ahí que tenga pleno sentido, en cuanto la educación supone transmisión de valores religiosos, culturales y sociales, que la CE reconozca en su artículo 27.3 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. Los poderes públicos están obligados a garantizar este derecho de los padres. Hay que matizar que esta potestad primera y esencial de los padres de educar a los hijos tiene ciertos límites, como ya he señalado con anterioridad, de modo que siempre ha de ejercerse en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica.

Pero normalmente la familia no basta para satisfacer todas las necesidades y aspiraciones educativas del individuo (en sentido amplio). El individuo se integra en una comunidad de personas que cuenta con los medios para asegurar la más plena realización de todos los que pertenecen a ella. Por tanto, aunque no de forma primaria como a los padres, es atribuible también una responsabilidad en la educación a toda la sociedad política y, en particular, al Estado, en cuanto expresión jurídicamente organizada de dicha sociedad<sup>12</sup>. A partir del ya citado artículo 39 CE la interacción de los sectores público y privado en la protección del menor es evidente, es decir, de la Administración y de la familia<sup>13</sup>. Las funciones del Estado son, por una parte, una función normativa y supervisora y, por otra, una función subsidiaria y correctora<sup>14</sup>.

En cuanto a la aplicación de esta primera función normativa y supervisora en materia de educación de menores, cabe sostener que del artículo 27 CE se deduce que el Estado debe garantizar la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, la realización de una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados, la creación de centros docentes, la inspección y homologación del sistema educativo y la ayuda con el fin de que los centros docentes tengan los requisitos legales. Ahora bien, ello no significa que el Estado pueda imponer un modelo educativo único.

Respecto a la función subsidiaria y correctora, puede afirmarse que el Estado en principio debe abstenerse de interferir en la labor educativa de los padres, ya que ha de reconocer el derecho preferente y prioritario a educar por parte de éstos<sup>15</sup>. Pero el Estado sí ha de intervenir en caso de que los progenitores hayan abandonado de modo ne-

---

Sobre cómo vincula a los poderes públicos el artículo 39 CE consúltense en la misma obra citada J.M. Rodríguez de Santiago. «Comentario al artículo 53.3 CE», pp. 1187 ss.

<sup>12</sup> Así H. Corral Talciani. *Familia y Derecho*, cit. pp. 197-198. También señala este autor que las responsabilidades educativas no se agotan en la familia y en el Estado; existen cuerpos intermedios entre la familia y el Estado que también asumen funciones a este nivel.

<sup>13</sup> E. Roca Trías. *Familia y cambio social*, cit. p. 222.

<sup>14</sup> Véase H. Corral Talciani. *Familia y Derecho*, cit. p. 211 y 212. E. Roca Trías. *Familia y cambio social...*, cit. p. 223 señala que los poderes públicos actúan en dos sentidos: uno, de forma directa, implementando políticas de bienestar dirigidas a que pueda lograrse la plena efectividad de los derechos del menor (como la escolaridad obligatoria, o la regulación de la función de la patria potestad). Otro, de forma subsidiaria, mediante el control de la corrección de la actividad paterna.

<sup>15</sup> I.M. Briones Martínez. *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Madrid, 2012, p. 34, señala que las autoridades educativas han de generar una política que suponga un trabajo común entre la escuela y la familia. Pero, a su juicio, la responsabilidad principal en la educación de los hijos la tienen los padres, ya que son éstos quienes deben

gligente la educación del hijo, hayan abusado gravemente de su derecho a educarlo o no posean los medios suficientes para ejercitar el deber de educación. En el primer caso de abuso o abandono grave del deber paterno de educación el Estado realizará una función correctora, adoptando una serie de medidas posibles (penales, civiles o administrativas). En el segundo caso de carencia de medios suficientes para el ejercicio de la educación el Estado ha de apoyar a los progenitores y proveer a éstos de los medios necesarios para que puedan educar a sus hijos<sup>16</sup>. En este último supuesto, pues, se está en sentido estricto ante una función asistencial y no tanto correctora.

## 2. ANÁLISIS DE LAS POSIBLES MEDIDAS JURÍDICO-CIVILES APLICABLES ANTE EL EJERCICIO DE LA EDUCACIÓN EN CASA.

Antes de examinar las concretas medidas jurídico-civiles susceptibles de aplicación ante el ejercicio del *homeschooling* por parte de los padres, es preciso plantearse de modo previo si la adopción de tales medidas es acorde con la naturaleza del deber paterno-filial de educar a los hijos. Cierta dirección doctrinal ha sostenido que no hay una estricta y propia obligación jurídica de educar al hijo, ya que la educación se trata de un proceso tan complejo que supera los márgenes limitados de la exigibilidad jurídica. De acuerdo con tal tesis, el deber de educar de los padres pertenece más al ámbito de la moral que al del Derecho; de manera que la convivencia con el menor y el proceso educativo que implica dicha convivencia no son exigibles de modo coactivo si alguno de los padres lo incumple<sup>17</sup>. Llevado este pensamiento a sus últimas consecuencias, pudiera concluirse que este carácter moral y no jurídico del deber paterno de educar conduce a que el incumplimiento de dicho deber imposibilite la adopción de medidas previstas en el ordenamiento jurídico.

Es cierto que el deber de educar a los hijos es amplio y tiene un carácter moral muy claro, pero no por ello deja de ser un deber impuesto por ley, que responde además a un derecho del niño fundamentado en preceptos de jerarquía constitucional<sup>18</sup>. Parece lógico que si una materia no posee carácter jurídico no se regule en el Código Civil, y el artículo 154 de dicho cuerpo legal se refiere, entre otros, al deber de educación. A ello ha de añadirse que el carácter jurídico de los deberes paterno-filiales debe estar fuera de discusión si se quiere mantener la patria potestad con su naturaleza de institución jurídica. Es verdad que los deberes paterno-filiales tienen una naturaleza especial; su carácter moral se explica si se atiende al contenido ético del Derecho de Familia, porque en este caso, al igual que en otros, el Derecho se apropia de preceptos éticos para convertirlos en preceptos jurídicos<sup>19</sup>. Por supuesto que dichos deberes son de naturaleza personalísi-

---

elegir el colegio en que serán formados sus hijos. Pero algunos progenitores optan por ir más allá incluso, y eligen una alternativa a la escolarización.

<sup>16</sup> H. Corral Talciani. *Familia y Derecho*, cit.p. 212.

<sup>17</sup> H. Corral Talciani. *Familia y Derecho*, cit.p. 204.

<sup>18</sup> Sostiene tal argumento en la doctrina argentina F. Ferrer. «Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación». *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, núm. 2, 2002, p. 345. En el ordenamiento jurídico español este derecho del niño se recoge en el artículo 27.1 de la CE 1978.

<sup>19</sup> J. CastánTobeñas. *Derecho Civil español, Común y Foral*. Tomo 5, Volumen 1.º, Madrid, 1987, pp. 236-237.

ma y entran dentro de la esfera de libertad de cada progenitor, por ello es verdad que hay una imposibilidad práctica de su imposición coactiva por parte del Estado. Pero el hecho de que no sea posible su coerción directa no les priva de su juricidad y, por consiguiente, de que puedan adoptarse medidas previstas en el ordenamiento ante dicho incumplimiento<sup>20</sup>.

## 2.1. Privación de la patria potestad

Dentro de la normativa reguladora del Derecho de Familia, el artículo 170 del Código Civil prevé la privación de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma<sup>21</sup>. La privación de la patria potestad a los progenitores implica que éstos pierden los deberes y facultades inherentes a la titularidad de la misma (tenerlos en su compañía, educarlos...), pero ello no afecta automáticamente ni al vínculo legal de la filiación ni al derecho de visitas. Se ha mantenido que ésta es una de las medidas de intervención de los poderes públicos sobre la autonomía familiar más agresivas<sup>22</sup>. La privación puede ser total o parcial, pero sólo la privación total supone la verdadera exclusión de la titularidad, y la parcial implica en cierto modo una suspensión de una parte del contenido de la institución. El artículo 170 del Código Civil no aclara cuándo la privación afecta a la titularidad y cuándo al ejercicio, generando con ello problemas de interpretación que podrían haberse solucionado mediante la figura de la suspensión<sup>23</sup>.

La privación puede venir establecida de tres maneras distintas; en una sentencia firme dictada en un proceso *ad hoc* fundada en el incumplimiento de los deberes hacia los hijos, en una sentencia dictada en juicio penal respecto a ciertos delitos (prostitución y delitos contra los derechos y deberes familiares, como los previstos en los artículos 189.3, 192.2, 226.2 y 233.1 del Código Penal) y en una sentencia recaída en causa matrimonial si existe una causa suficiente para ello revelada en el proceso y es conveniente para los hijos (artículo 92.III del Código Civil)<sup>24</sup>. Y si, efectivamente, se ha dictado sentencia de privación de la patria potestad, el padre o la madre que la sufran pueden ser desheredados por el hijo o por su propio cónyuge (artículos 854.1.<sup>a</sup> y 855.2.<sup>a</sup> del Código Civil)<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Esta última argumentación es mantenida, a propósito de los deberes conyugales, por J.R. De Verda y Beamonte. «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales». Diario *La Ley (LL)*, núm. 6676, 21 de marzo de 2007, p. 2. De nuevo retoma el tema en J.R. de Verda y Beamonte y P. Chaparro Matamoros. «Responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes conyugales». En *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, De Verda y Beamonte (coordinador), Navarra, 2012, pp. 107 ss.

<sup>21</sup> «El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

*Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación»*

<sup>22</sup> C. Ruisánchez Capelastegui. *La privación de la patria potestad*, cit. p. 17.

<sup>23</sup> M. Ballesteros de los Ríos. «Comentario al artículo 170 del Código Civil». En *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Navarra, 2009, p. 303.

<sup>24</sup> M. Ballesteros de los Ríos. «Comentario al artículo 170 del Código Civil», cit. p. 303.

<sup>25</sup> Artículo 854: «Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

Cabe preguntarse, a continuación, si la aplicación de esta medida de la privación de la patria potestad puede estimarse adecuada en la hipótesis del *homeschooling*. A mi juicio no, y el motivo fundamental es que el artículo 170 del Código Civil está pensado para combatir el incumplimiento de los padres consistente en la dejación grave de sus deberes paterno-filiales. Y en el caso concreto de la educación en casa realmente no hay ninguna dejación o desidia de los padres en el deber de educar a sus hijos. Todo lo contrario, existe una gran preocupación de los progenitores a la hora de elegir el modelo educativo que en su opinión merecerá una mejor formación integral de los menores; preocupación en muchos casos motivada en la actualidad por el fracaso escolar de la enseñanza oficial. Esto es, los progenitores que ejercitan el *homeschooling* no están dejando de ejercitar sus deberes paterno-filiales sino que los están ejercitando de modo no reglado. Este primer argumento que acabo de señalar es invocado por los progenitores que plantean un recurso de amparo ante la violación de sus derechos fundamentales, que es resuelto en la ya famosa STC 133/2010 de 10 de diciembre, primera que niega en España a unos padres la posibilidad de educar a sus hijos en su propio domicilio sin escolarizarlos en un centro oficial.

A este argumento puede añadirse además otro. Incluso en supuestos donde realmente sí hay un incumplimiento grave del deber de educar por parte de los padres la adopción de esta medida de la privación de la patria potestad se ha considerado y se considera también absolutamente excepcional. Ello sucede, por una parte, en aquellos supuestos en los que sí hay un verdadero abandono negligente de la educación del hijo, consistente en no escolarizarlo (es decir, los progenitores en periodo de escolarización obligatoria no gestionan la correspondiente plaza escolar sin causa justificativa), o si está escolarizado, en la tolerancia del absentismo del menor (la ausencia de clase sin presentar justificante o sin una justificación aceptable). Por qué en estos últimos casos tampoco suele aplicarse la medida de la privación de la patria potestad. Porque al poseer la privación de la patria potestad una finalidad fundamentalmente tuitiva del interés del menor, como regla general la falta de escolarización no requiere una medida tan agresiva y tan perjudicial para el interés del menor como es la separación de éste de sus padres. Salvo que junto a la falta de escolarización se den otras circunstancias concurrentes en el caso, de las que se derive la existencia de un perjuicio de gran entidad para el desarrollo del menor<sup>26</sup>. Esta misma conclusión cabe obtenerla de los pronunciamientos de los tribunales<sup>27</sup>.

Por otra parte, incluso en la hipótesis de incumplimiento del deber de educación consistente en el abuso o exceso en la corrección del hijo se ha mantenido que la medida

1.ª *Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170»*

Artículo 855: «Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º las siguientes:

2.ª *Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad conforme al artículo 170»*

<sup>26</sup> En este sentido L. Ruisánchez Capelastegui. *La privación de la patria potestad*, cit.p. 83.

<sup>27</sup> Así se pronuncian la SAP Sevilla 13 febrero 1997 (AC 1997/391) (FJ 2.º) (en la sentencia se citan como circunstancias, junto a la desescolarización y absentismo, un hábitat familiar insalubre, una convivencia con adultos con enfermedades infecciosas sin control médico, multitud de ingresos hospitalarios por enfermedades derivadas de cuidado negligente, relaciones conflictivas entre los miembros de la familia, malos tratos, alcoholismo y toxicomanía, desnutrición por alimentación inadecuada) y SAP Granada 3 marzo 2003 (JUR 2003/185114) (FJ 1.º) (además del absentismo escolar, se da insalubridad, malas condiciones de la vivienda, falta de asistencia médica a los niños y conflictividad entre los padres).

de la privación de la patria potestad debe restringirse a aquellos casos en que el maltrato al menor sea muy serio y grave, y por ello sea conveniente impedir todo contacto entre el progenitor maltratador y su hijo<sup>28</sup>. En aquellos supuestos en que haya violencia también, pero sea de un nivel mucho menos intenso, es mejor aplicar otro tipo de medidas distintas a la privación de la patria potestad; por ejemplo, la doctrina alemana ha propuesto un tratamiento terapéutico de toda la familia, o bien poniéndose en manos de un especialista, o bien mediante el aprendizaje de técnicas de comunicación<sup>29</sup>. Este último tipo de remedios podrían adoptarse en nuestro ordenamiento en virtud del artículo 158 del Código Civil, que permite que el juez dicte las medidas que considere oportunas con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

## 2.2. Responsabilidad civil

En segundo lugar, cabe plantearse, como otra medida a aplicar en la hipótesis de la enseñanza en casa, la responsabilidad civil. Efectivamente, si se dieran todos los requisitos previstos en el artículo 1902 del Código Civil (comportamiento doloso o negligente que causa un daño), los hijos que sufren el daño a causa del ejercicio de la enseñanza en casa podrían reclamar a sus progenitores una indemnización de daños y perjuicios<sup>30</sup>.

La primera afirmación que puede hacerse, y que aquí es imposible de desarrollar debido a lógicas limitaciones de espacio, es que, a la luz de nuestro actual ordenamiento, una demanda semejante carecería de éxito. Así, en los pocos casos que se han planteado en la práctica, relativos a reclamación de responsabilidad civil por daños causados entre familiares el Tribunal Supremo con carácter general se ha pronunciado en contra de tal medida. Aunque no suele entrar en el fondo del asunto, denegando la indemnización por considerar prescrita la acción de responsabilidad civil (el plazo es de 1 año desde que conoce el daño el agraviado según el artículo 1968.2º del Código Civil), sí cabe apuntar los argumentos que probablemente están detrás de dicha negativa: la salvaguarda del principio de la paz familiar y de la propia familia como institución de gran valor en la sociedad, la aplicación exclusiva y excluyente de las normas de Derecho de Familia para resolver los conflictos familiares (que no prevén la responsabilidad civil con carácter general), el peligro de la multiplicidad de pleitos... Casi todos los casos que han llegado al Tribunal Supremo sobre esta materia poseen como denominador común la reclamación de responsabilidad civil por parte del ex marido a la esposa por incumplimiento del

<sup>28</sup> En este sentido véase A. Höflinger. «Bei Partnerschaftsgewalt kein elterliches Umgangsrecht nach der Trennung». *Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ)*, Nr. 91, 2/2004, p. 63. En esta línea el parágrafo 1666 a BGB señala, por una parte, que las medidas que implican la separación del hijo de su familia sólo son admisibles si el peligro para éste no puede ser evitado de otra manera y, por otra parte, que la privación total de la guarda sólo puede producirse en caso de que no hayan tenido éxito otras medidas o en caso de que se estime que éstas no son suficientes para evitar el peligro.

<sup>29</sup> Un pormenorizado estudio sobre la materia en Alemania consúltese en J.M. DE TORRES PEREA. «Tratamiento del interés del menor en el Derecho Alemán». *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fasc. II, 2006, pp. 675 ss. En España también a favor de aplicar medidas de tipo educativo y social, más acordes con el interés del menor, M. Martín-Casals y J. Ribot. «Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás». *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fascículo II, 2011, p. 551.

<sup>30</sup> «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»

deber de fidelidad de ésta y por el engaño acerca del carácter extramatrimonial de los hijos. Es decir, las escasas demandas por parte de familiares se han planteado siempre por incumplimiento de deberes matrimoniales y no por incumplimiento de deberes paterno-filiales<sup>31</sup>.

La segunda afirmación que cabe realizar es que, a mi juicio, sería muy complicado acreditar, en el caso del *homeschooling*, la existencia de dos de los presupuestos necesarios para que entre en juego la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil. En primer lugar, debería probarse la existencia de un daño sufrido por el menor a causa del ejercicio de la enseñanza en casa. En principio dos posibles clases de daños podrían derivarse del desarrollo de este método educativo, el primer tipo de perjuicio está relacionado con el nivel de conocimientos académicos y el segundo con el grado de socialización del menor. Respecto a la primera clase de daños, los niños que reciben este tipo de educación han de tener el nivel de conocimientos suficientes para acceder, en condiciones de igualdad, a puestos profesionales en el futuro. De ahí que los poderes públicos, de acuerdo con la función supervisora que les corresponde en virtud de la protección del menor, deben comprobar que los menores tienen el nivel académico suficiente arbitrando mecanismos, exámenes o pruebas que permitan la obtención de títulos homologados correspondientes al nivel real de formación cuando se haya alcanzado al margen del sistema oficial<sup>32</sup>. Seguramente va a resultar muy complicado acreditar la existencia de este daño, ya que como regla general la formación de los niños educados en casa suele ser muy superior a la media, alcanzando sin dificultad el nivel estatal exigido.

El segundo tipo de daños que pudiera darse en los niños educados en casa consiste en la falta de socialización de los menores. Tal exigencia de socialización posee un significado muy preciso para la doctrina y para los tribunales, esto es, deriva del hecho de que la educación tiene que producirse dentro del respeto a la legalidad, al orden público

---

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión véase de forma amplia varios trabajos de A.M. Rodríguez Guitián. Entre ellos, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Navarra, 2009; «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)». En *Diario La Ley (LL)*, 4 de marzo de 2011, pp. 7 ss; «La responsabilidad civil en las relaciones familiares» (Capítulo 45) y «Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales» (capítulo 46). En *Tratado de Derecho de la Familia*, Volumen 6.º (Las relaciones paterno-filiales II. La protección penal de la familia), YzquierdoTolsada y Cuenca (coordinadores), Navarra, 2011, pp. 659 y ss y 765 y ss (respectivamente). De modo excepcional el Tribunal Supremo ha afirmado el derecho a reparar el daño moral sufrido por el progenitor que se ve privado de la relación personal con su hijo a causa del otro progenitor. Véase mi comentario a dicha resolución en «Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)». En *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, fascículo IV, 2009, pp. 1825 ss.

<sup>32</sup> Ahora mismo en España hay varias opciones para la obtención de titulaciones oficiales por parte de los niños que se educan en casa: Primero, a partir de los 18 años los estudiantes se pueden presentar a las pruebas libres para obtener el Graduado en Secundaria y a partir de los 20 a las pruebas libres de Bachillerato. En segundo lugar, a partir de los 17 años pueden acceder mediante prueba a la Formación profesional de grado medio y, a partir de los 19, a la Formación profesional de grado superior. En tercer lugar, los niños pueden ser matriculados en un centro extranjero a distancia y convalidar posteriormente el título gracias a los convenios de homologación establecidos entre los distintos estados. Esta información relativa a tal método educativo puede encontrarse en la página web de la Asociación para la Libre Educación (ALE), que surge en 2002 con el objetivo, entre otros, de servir de canal de comunicación entre las administraciones públicas y las familias que practican la escuela en casa (<http://www.educacionlibre.org/educarencasa.htm>) (consultado en 9/12/2012).

y, por supuesto, al orden constitucional<sup>33</sup>. En este sentido el artículo 27.2 CE establece los fines de la educación cuando declara que «*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*». Se configura, con ello, un contenido constitucional de la educación, lo que podría denominarse una visión humanista y cívica de la misma. Se ha mantenido que esta norma fija una directriz a seguir para todos los sujetos que ejerzan la labor educativa, ya sean sujetos privados o públicos; de modo que está estableciendo un cierto «límite» al pluralismo ideológico en materia educativa. Por ejemplo, resultaría contraria a la Constitución una enseñanza de carácter antidemocrático defensora de la esclavitud o de la violencia racista o sexista<sup>34</sup>.

En una línea similar al artículo 27.2 CE se pronuncia el artículo 29.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que también forma parte del ordenamiento español y que señala que la educación del niño deberá estar encaminada, entre otras finalidades, a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño; a inculcar al niño el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y a los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; a inculcar al niño el respeto a sus padres, a su propia identidad cultural, a su idioma y valores (de su país y de otros distintos al suyo); a preparar al niño a una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de sexos y amistad entre los distintos pueblos étnicos, nacionales y religiosos y, por último, a inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Parece claro, pues, que el proceso educativo es algo más profundo que la mera instrucción en ciertos conocimientos o el aprendizaje en determinadas destrezas; la educación constituye el esfuerzo radical y permanente de crecimiento de toda la persona<sup>35</sup>. Desde luego no puede dudarse de que la escolarización, al menos en abstracto, es una medida que posibilita que se cumpla este objetivo de la educación (el libre desarrollo de la personalidad del menor y su integración en una sociedad democrática y plural), precisamente gracias al contacto con dicha sociedad plural mediante la asistencia a centros educativos homologados<sup>36</sup>.

Probablemente el concepto de socialización que se usa en un sentido cotidiano es muy diferente al que acaba de exponerse con anterioridad: se identifica con la capacidad de relacionarse y de tener contacto con otros menores por parte de los niños educados en casa. De ahí que, con el fin de conseguir dicha socialización, se complementa la formación en el hogar de éstos con actividades extraescolares (deportes, idioma, música...) que les permiten desenvolverse en un entorno diferente al hogar.

---

<sup>33</sup> En este sentido R. Bercovitz Rodríguez-Cano. «Comentario al artículo 154 CC». En *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, 1984, p. 1053.

<sup>34</sup> Así F. Garrido Falla. «Comentario al artículo 27 CE». En *Comentarios a la CE*, Garrido Falla (coordinador), Madrid, 2001, p. 637.

<sup>35</sup> En este sentido H. Corral Talciani. *Familia y Derecho*, cit. p. 196.

<sup>36</sup> Sí me parece importante caer en la cuenta de que esta exigencia de pluralismo en nuestra sociedad, que consagra el artículo 1.1 CE, debe conducir a su vez a otorgar un mayor protagonismo al libre desarrollo de la educación y de las formas de educar por parte de los padres. Los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la CE salvaguardan dicho pluralismo, es decir, salvaguardan esta opción de vivir de diferentes maneras, incluso de forma separada de la sociedad. Se garantizan los derechos fundamentales no sólo a la mayoría sino también a las minorías. Véase F. REIMER. «School attendance as a civic duty v. home education as a human right». En *International Electronic Journal of Elementary Education (IEJEE)*, vol. 3, Issue 1, October 2010, p. 12 (<http://www.iejee.com>) (consultado el 9/12/2012)

El segundo requisito que debería acreditarse y que, a mi juicio, dificultaría el éxito de la demanda de daños frente a los progenitores que educan en casa, es el presupuesto del artículo 1902 del Código Civil consistente en que el agente del daño se haya comportado, cuando causa el perjuicio, con dolo o culpa. Es decir, en la hipótesis del *homeschooling* sin duda faltaría la imputación subjetiva de los progenitores ya que, como he comentado con anterioridad, la falta de asistencia de los niños a un centro oficial no es fruto de la actitud pasiva o despreocupada de los padres hacia sus hijos, sino todo lo contrario, hay aquí un exceso de celo y cuidado en el ejercicio del deber de educar. De nuevo ha de partirse de la presunción de que los progenitores, cuando ejercitan sus deberes paterno-filiales, lo normal es que lo hagan en beneficio de sus hijos (aunque cometan luego equivocaciones que puedan implicar un cierto perjuicio para el menor)<sup>37</sup>.

### 2.3. Imposición de escolarización

La última medida que cabe plantear es que se solicite al juez que ordene la inmediata escolarización del menor que es enseñado en casa en virtud del artículo 158 del Código Civil [«El juez (...) dictará: 1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios»]. La legitimación para solicitar tal medida es muy amplia, ya que, además de poder dictarse de oficio por el propio juez, puede ser pedida a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal<sup>38</sup>. Esta medida no es ajena a otros ordenamientos de nuestro entorno; de hecho en

---

<sup>37</sup> En este sentido es muy interesante el escrito que la Fiscalía del Menor de San Sebastián remite al matrimonio *Branson*, a raíz del informe que emite el inspector de educación de San Sebastián para tratar la situación de tal familia. Su apuesta por la educación en casa de sus hijos había sido cuestionada por las autoridades educativas hasta el punto de citarles como imputados. La Fiscalía acuerda el archivo de las actuaciones penales incoadas contra ellos. En el dictamen se mantiene, en lo que aquí ahora interesa, que no ha quedado acreditado de forma clara que los menores puedan resultar gravemente perjudicados en un futuro en su formación educativa, ni que tal perjuicio, de existir, se esté realizando de forma dolosa por parte de sus padres. Simplemente ellos han decidido educar a sus hijos mediante un sistema de enseñanza no tradicional. Pero ello no supone de forma automática que estén dejando de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, sino que los están ejercitando de una manera no reglada. Por consiguiente, es difícil, como se desprende de tal dictamen, la prueba del daño en estos casos de *homeschooling* a la vez que es complicado entender que los padres estén dejando de cumplir sus deberes inherentes a la patria potestad y que la enseñanza en casa implique dolo o culpa grave. Véase al respecto en «*Homeschooling*: la Fiscalía acuerda el archivo del caso de la familia *Branson*», 16 julio 2008 (<http://www.hazteoir.org>) (consultado el 09/12/2012).

<sup>38</sup> Hay decisiones civiles que ya adoptan esta medida de la escolarización inmediata del menor a la luz del artículo 158 del Código Civil. Un ejemplo claro muy reciente es el Auto n.º 442/12 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante de 16 de noviembre de 2012, que muy amablemente me ha hecho llegar uno de los asistentes al III Congreso Nacional de Educación. Ampliando derechos. *Homeschooling*; celebrado los días 29 y 30 de noviembre de 2012 en la Universidad Complutense de Madrid. En dicho Auto el Ministerio Fiscal solicita, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria, la adopción de medidas urgentes de protección de dos menores, a fin de que se acuerde de forma inmediata su escolarización. La decisión final de escolarizar a dichos menores se basa fundamentalmente en el argumento de que la escolarización obligatoria es la opción del legislador actual, claramente justificada en cuanto la CE obliga a que la educación tenga por objeto el respeto a los principios democráticos de convivencia. También en la misma línea de entender que la conducta de los padres consistente en no escolarizar supone un incumplimiento de un deber legal la SAP Mála-

Alemania los juzgados de Familia suelen adoptar, cuando se enfrentan a casos de enseñanza en casa, la medida de la escolarización del menor al amparo del parágrafo 1666 BGB en sus párrafos primero y tercero. Tal precepto permite adoptar por el juez las medidas necesarias para evitar la puesta en peligro del bienestar corporal, psíquico o moral del hijo por ejercicio abusivo de la potestad, por descuidar los padres al hijo o por una negativa no culpable de los padres, cuando éstos no quieren o no están en disposición de evitar dicho peligro<sup>39</sup>.

Ya he afirmado con anterioridad que con carácter general la intervención estatal en la educación que los progenitores proporcionan a sus hijos ha de ser mínima. Por consiguiente, la intervención del juez adoptando la medida de la escolarización en los casos del *homeschooling* sólo quedaría justificada, a la luz del tenor y de la finalidad presente en todos los números del artículo 158 del Código Civil, cuando la elección de dicho método educativo por los progenitores realmente entrañe, en el caso concreto, un peligro real y actual de que pueda generarse un daño para el menor o cuando se ha constatado ya que el daño se ha producido<sup>40</sup>.

---

ga 6.6.2005 (AC/2005/1654) y los Autos de la AP de Alicante de 17.4.2012 (JUR/2012/156312) y de Girona de 3.6.2011 (JUR/2011/291908). Pero a mi juicio éste no es el enfoque más correcto para la resolución de estos supuestos, de modo que el objeto de análisis por el juez ha de ser si la falta de escolarización del menor le resulta perjudicial y si deben adoptarse, en consecuencia, medidas para su protección. No hay que olvidar que todas las hipótesis previstas en el artículo 158 del Código Civil están guiadas por el propósito de que el juez pueda adoptar medidas si en el caso concreto hay un riesgo real de un daño para el menor o ya se ha producido el perjuicio.

<sup>39</sup> F. Reimer. «School attendance as a civic duty v. home education as a human right», cit.p. 10.

<sup>40</sup> Es muy importante caer en la cuenta de que los conflictos relativos a la educación en casa no deben ser resueltos de forma rígida o esquemática, ya que los tribunales han de entrar a examinar la heterogeneidad de motivaciones que hay en los padres para elegir un sistema educativo alternativo a la escolaridad y el impacto que está produciendo en esos niños que reciben ese tipo de educación en la circunstancia concreta. En otra ocasión he mantenido que una buena opción por parte del legislador español podría ser la admisión del modelo educativo de la enseñanza en casa bajo una cierta supervisión estatal. Véase A.M. Rodríguez Guitián. «Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar». En *La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, De Verda y Beamonte (coordinador), Navarra, 2012, pp. 419 ss.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES EN LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS

*Ana Isabel Berrocal Lanzarot*

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La educación de los hijos en un sentido amplio comporta no sólo la instrucción en determinados conocimientos, sino también la implementación de una serie de valores, de principios. Al respecto, señala el artículo 27 de la Constitución española que, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respecto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales<sup>1</sup>. Asimismo, indica que todos tienen derecho a la educación en un marco de libertad de enseñanza y que, los poderes públicos deben garantizar este derecho, como el que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. De forma que, en el marco constitucional además

---

<sup>1</sup> El artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación señala como fines del sistema educativo español los siguientes: a. El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos. b. La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad. c. La educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos. d. La educación en la responsabilidad individual y en el mérito y esfuerzo personal. f. La formación para la paz, el respeto a los derechos humanos, la vida en común, la cohesión social, la cooperación y solidaridad entre los pueblos así como la adquisición de valores que propicien el respeto hacia los seres vivos y el medio ambiente, en particular al valor de los espacios forestales y el desarrollo sostenible. g. El desarrollo de la capacidad de los alumnos para regular su propio aprendizaje, confiar en sus aptitudes y conocimientos, así como para desarrollar la creatividad, la iniciativa personal y el espíritu emprendedor. h. La formación en el respeto y reconocimiento de la pluralidad lingüística y cultural de España y de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad. i. La adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y artísticos, así como el desarrollo de hábitos saludables, el ejercicio físico y el deporte. j. La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales. k. La capacitación para la comunicación en la lengua oficial y cooficial, si la hubiere, y en una o más lenguas extranjeras. l. La preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento.

de procurar una enseñanza básica obligatoria y gratuita como parte esencial del proceso formativo de los ciudadanos en España, y, en consecuencia, de procurarles los conocimientos indispensables para su desarrollo como individuo y como una miembro de la sociedad civil, resulta indispensable una también adecuada formación en valores como parte esencial de la dignidad de la persona. Ambos compartimentos del todo que representa la educación constituye un deber que, los padres asumen como parte esencial de su actuación como representantes legales de sus hijos menores de edad no emancipados. La forma de impartir dicha educación, sobre todo la parte formativa, puede tener lugar sobre la base de diversos modelos educativos, algunos plenamente consolidados en España tal como se contienen en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, mientras otros van abriendo camino en su implantación definitiva como una opción educativa más. Sería el caso de *homeschooling*.

El artículo 2.2 de la citada Ley Orgánica 2/2006, encomienza a los poderes públicos prestarán una atención prioritaria al conjunto de factores que favorecen la calidad de la enseñanza y, en especial, la cualificación y formación del profesorado, su trabajo en equipo, la dotación de recursos educativos, la investigación, la experimentación y la renovación educativa, el fomento de la lectura y el uso de bibliotecas, la autonomía pedagógica, organizativa y de gestión, la función directiva, la orientación educativa y profesional, la inspección educativa y la evaluación. Esencialmente, en esta dotación de recursos educativos pueden los poderes públicos potenciar este modelo educativo de educación en casa.

En este contexto, corresponde analizar en el presente estudio, lo que representa en el ámbito del ejercicio de la patria potestad el deber de educación y formación integral de los menores, cuando precisamente nuestro ordenamiento está limitando su campo de actuación, al dotar a aquéllos sobre la base de una pretendida autonomía del individuo, del desarrollo de su dignidad como persona, de una autodeterminación como base del principio del libre desarrollo de su personalidad en su configuración como derechos constitucionales de la persona tal y como dispone el artículo 10 de la Constitución Española, de un cada vez mayor campo de actuación, creando para ello un concepto indeterminado a modo de cajón de sastre bajo la denominación «menores maduros», con la consiguiente limitación de la esfera de actuación paterna en todos los niveles, y, en el especialmente sensible campo de la educación en valores; lo que no obstante, contrasta con la exigencia de responsabilidad paterna ante cualquier actuación ilícita civil o penal de los hijos menores de edad no emancipados; para finalmente, determinar si con este modelo educativo que constituye el *homeschooling* los padres son también responsables por no cumplir con el deber de educar a sus hijos al no operar sobre los modelos tradicionales implantados en el sistema educativo español (presencial —centro público, privada y privada concertada—), sobre la base de una culpa *in educando*.

## **2. LA PATRIA POTESTAD. REPRESENTACIÓN LEGAL *VERSUS* AUTONOMÍA DEL HIJO/S MENOR DE EDAD**

La titularidad y el ejercicio de la patria potestad corresponden a ambos progenitores, que habrá de hacerse de la manera que, estimen más conveniente; si bien, ha de estar

presidida por el interés o beneficio del menor<sup>2</sup>. Al respecto dispone el artículo 154 del Código Civil «los hijos no emancipados están bajo la potestad de los progenitores». Sólo los padres pueden ser titulares de la misma, y, como tal institución, las facultades que la integran, tienen el carácter de intransferibles, irrenunciables, imprescriptibles e indisponibles y de carácter social<sup>3</sup>. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. Así las cosas cabe caracterizar la patria potestad con referencia a los siguientes principios: 1) El beneficio o superior interés del hijo y el respeto de su personalidad constituyen las pautas informantes del régimen jurídico de la patria potestad. Tal beneficio impregna el conjunto de la regulación actual de la patria potestad y al que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria

---

<sup>2</sup> Vid., J.M.<sup>a</sup>. Castán Tobeñas. «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. III, vol. 2.º, 2.ª ed.*, Edersa, Madrid 1982, pp. 109-111; M.<sup>a</sup>. T. Martín Morón. *Voz* «Patria potestad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona 1989, pp. 130-131; M. Alonso Pérez. «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil, número 2, semana del 6 al 12 de enero de 1997*, pp. 22-24; C. del C. Castillo Martínez. La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales, 2.<sup>a</sup> ed., La Ley, Madrid, 2010, pp. 29-30. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (RJ 1987/5809); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, de 15 de junio de 1992 (AC 1992/845).

<sup>3</sup> M.A. Pérez Álvarez. «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», *Curso de Derecho Civil. vol. IV Derecho de Familia, 2.ª ed.*, Colex, Madrid, 2008, p. 352, quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (La Ley 44425-JF/0000), que señala que «la patria potestad es un derecho-deber de carácter obligatorio, irrenunciable, imprescriptible, que debe ejercitarse siempre en beneficio del menor, pero puede privarse total o parcialmente de él a los titulares»; de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994), se configura la patria potestad como un conjunto de derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos, y conjunto de deberes inherentes a ella; y, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.<sup>a</sup>, de 20 de julio de 1998 (AC 1998/6865); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de junio de 1999 (AC 1999/8394) «la patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, abandonada y superada ya la vieja concepción de poder omnímodo sobre los hijos, queda definida como una función en la que se integra un conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes, que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. En definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos»; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2007 (La Ley 219823/2007); de la misma Audiencia, sección 12.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2008 (La Ley 27513/2008); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2008 (La Ley 196431/2008); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232).

Por su parte, señala C. Lasarte Álvarez. Principios de Derecho civil, *T. VI Derecho de Familia, 9.ª ed.*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2010, p. 332, que la subordinación de las facultades paternas a la formación de los hijos ha llevado a algunos autores a defender la idea de que (al igual que la propiedad) la patria potestad debe configurarse actualmente como una función social, conclusión que, a su juicio, resulta exagerada y en todo caso, confusa por imprecisa. Y, añade «baste resaltar el aspecto de potestad para llegar a la conclusión unánimemente aceptada de que los poderes paternos se encuentran sometidos y dirigidos a la formación integral de los hijos».

potestad; 2) La patria potestad constituye una función que, debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, lo que conlleva la atribución a los progenitores de ciertos derechos a los efectos de poder cumplir los deberes que les incumbe respecto de los hijos; 3) La titularidad de la patria potestad de los hijos menores no emancipados corresponde a ambos progenitores; 4) El ejercicio de la patria potestad está sometido a la intervención y vigilancia judicial, así como, en su caso, de la Administración Pública.

Precisamente, se determina el contenido de la patria potestad atribuyendo ciertas facultades a sus titulares e imponiendo determinados deberes a los progenitores y a los hijos. Conforme al artículo 154 párrafo tercero del Código Civil la patria potestad que asiste a los padres en relación con los hijos no emancipados comprende los siguientes deberes y facultades: «1º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2º. Representarlos y administrar sus bienes». Según declara el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de abril de 2000<sup>4</sup> «la patria potestad es en el Derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el artículo 39.2 y 3 de la Constitución Española». De forma que, el ejercicio de los deberes y facultades que integran el contenido de la patria potestad debe enmarcarse conforme a las siguientes pautas: en primer lugar, los deberes y facultades habrán de ejercerse «siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respecto a su integridad física y psicológica» (artículo 154.2 del Código Civil). En segundo lugar, «si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten» (artículo 154, penúltimo párrafo Código Civil); y, en tercer lugar, se faculta a los padres para, en el ejercicio de la patria potestad recabar «el auxilio de la autoridad» (artículo 154 último párrafo del Código Civil). En esencia, el *beneficio o interés del hijo* es criterio jurisprudencial consolidado el que consiste en entender que «la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales», siendo una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas «las que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad»<sup>5</sup>.

Este principio prevalente del «interés superior del niño» se incluye como directriz básica en toda la legislación de menores española (artículo 39.4 de la Constitución Española), en numerosos artículos del Código Civil (tras la reforma por Ley 13/1981), así como en leyes autonómicas de atención a la infancia<sup>6</sup>, y, en numerosas resoluciones de nuestros tribunales. Junto al beneficio o interés del hijo menor de edad no emancipado, el artículo 154 del Código Civil, exige que toda actuación llevada a cabo por los padres en el cumplimiento de los deberes que integran la patria potestad, esté guiada por el respeto a la personalidad. En este contexto, la representación legal de los hijos menores

<sup>4</sup> RJ 2000/2982. *Fundamento de Derecho 1.º*.

<sup>5</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 1992 (RJ 1992/1271).

<sup>6</sup> Artículo 3 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre de Extremadura; artículo 3 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre de Valencia; artículo 3 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo de la Comunidad de Madrid; artículo 6.2 b) de la Ley 1/1995, de 27 de enero del Principado de Asturias; artículo 4.2 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias; artículo 3.1 de la Ley 3/1997, de 9 de junio de la familia, de la infancia y de la adolescencia de Galicia; y, el artículo 4 a) de la Ley 3/1999, de 31 de marzo del menor de Castilla-La Mancha.

de edad es una de las facultades que, integran el contenido de la patria potestad, e implica un supuesto de cooperación o colaboración, como es defendido por DE CASTRO, en la gestión de un asunto ajeno y, que se impone por la ley para suplir la imposibilidad de actuación jurídica eficaz del representado<sup>7</sup>.

La ley otorga al representante un poder de configuración de la esfera jurídica ajena. Ahora bien, este poder legal de representación delimitado por la Ley lo está en forma de exclusión, lo que supone que los padres pueden representar al hijo en todo lo que no esté excluido expresamente por la ley. A tal fin, el artículo 162 del Código Civil hace una enumeración exhaustiva de los actos en que no cabe la representación legal, a la par que, el artículo 166 exige autorización judicial previa o consentimiento del menor con más de dieciséis años en documento público para la realización de una serie de actos de carácter dispositivo (enajenación o gravamen). Estamos ante unos límites al poder de representación de los padres fijados por la Ley.

Por otra parte, sin pretensiones sistemáticas, el ordenamiento jurídico reconoce expresamente a los menores un campo de actuación que se va ampliando gradualmente conforme alcanzan determinadas edades, que vendrían a corresponderse con lo que extrajudicialmente cabe denominar como pubertad o adolescencia. A parte de la capacidad para los actos mínimos o sin importancia, que entrañan una primera manifestación de la semicapacidad de obrar del menor en el ámbito patrimonial, y la prueba del carácter esencialmente variable y graduable de la capacidad de obrar, la salvaguarda de su dignidad como persona, y el respeto a su capacidad natural y al libre desarrollo de la personalidad sobre la base de una progresiva madurez intelectual y volitiva, determinan el potenciamiento de su autonomía como sujeto de derecho que, le posibilita una cada vez más progresiva capacidad de actuación no sólo en el ámbito personal, sino también en el patrimonial. Este reconocimiento como sujeto con cierta autonomía en su actuación, coherente con la exigencia de un cierto grado de madurez psicológica y volitiva suficiente que, le permita actuar por sí mismo, ha de resultar compatible con la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa. Esencialmente se ha de buscar un punto de equilibrio entre la protección del menor confiada a los padres como sus representantes legales, y el reconocimiento de un ámbito de capacidad propio de acuerdo con su capacidad natural, que será mayor, cuando mayor sea su grado de madurez, que habitualmente suele coincidir con una también mayor de edad. No obstante, el legislador ha optado en algunos supuestos por no posibilitar tal equilibrio, sino que, sobre la base del principio del libre desarrollo de la persona, o de la autonomía del individuo, dotar de un mayor grado de actuación al menor del que podría corresponderle por razón de la edad, obviando, en ocasiones, incluso, el control paterno; lo que, supone ir disminuyendo el poder de actuación representativa de los padres en aras de una mayor libertad de actuación que, choca con la esencia de la función que el propio ordenamiento atribuye a los padres.

En esta línea, el Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno de 18 de julio de 2002<sup>8</sup> declara que, los menores son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en

---

<sup>7</sup> F. De Castro y Bravo. «Temas de Derecho Civil», en *Derecho Civil de España, T. II, vol. II «Derecho Civil de España y Temas de Derecho Civil*, Thomson-Civitas, Navarra 2008, p. 108; y precisa que, «la representación legal es el modo de activar la capacidad potencial de quienes la tienen limitada» (p. 109). *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de abril de 1997 (RJ 1997/2725).

<sup>8</sup> RTC 2002/154.

concreto, y en relación con el derecho a la libertad religiosa, se fundamenta en el artículo 14 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 1/1996, afirmando a este respecto que «desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución Española los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos, y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia, o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulara en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 del Código Civil, o el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de RJAP y PAC). Afirma, igualmente, la sentencia que, aun considerando el principio de prevalencia del interés del menor, debe en todo caso, determinarse si ostentaba la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, definitiva e irreparable, es decir, reconocer que un niño de trece años puede ejercitar su derecho de autodeterminación, pero siempre considerando que «la vida, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» y «supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible». Y ello, aun cuando en el caso de la sentencia la reacción del menor de rechazo a la transfusión de forma contundente y violenta ocasionó que los médicos decidieran no llevarla, a efecto por el riesgo de hemorragia cerebral, y tal reacción puso de manifiesto que, había en el menor una convicción y una conciencia por él asumida que no podían ser desconocidas por los padres, ni por la autoridad judicial a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración, que se le pedía a éstos. Es decir que, parte el Tribunal Constitucional del principio de prevalencia del interés del menor, de que es titular de derechos fundamentales, pero la capacidad de prestar consentimiento en supuestos como el analizado debe en todo caso hacerse depender de si el menor cuenta con la madurez de juicio suficiente para asumir la decisión vital de que se trata. De forma que, los menores pueden ejercer sus derechos fundamentales, y sus progenitores simplemente podrán incidir en su ejercicio en mayor o menor grado, teniendo presente la madurez del menor y su capacidad de obrar, y, debiendo actuar siempre en interés del menor. En el caso enjuiciado finaliza la sentencia afirmando que, no hay en los autos datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza, si el menor fallecido de trece años de edad tenía la madurez de juicio necesaria para ello<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Para M. Fernández Frutos. «Titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por lo menores de edad. Examen de la jurisprudencia constitucional», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005-1, pp. 167-168, señala que, «si se aplicase la actual normativa, un menor de trece años sólo podría prestar su consentimiento cuando fuese capaz, intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención y si no la decisión la adoptarían sus progenitores, después de haber escuchado la opinión del menor. La anterior normativa, por el contrario, dejaba indeterminada la cuestión al decir que los pacientes no podrían prestar su consentimiento, si no estaban capacitados para tomar decisiones». Y, añade «todo lo dicho hasta ahora lleva a la conclusión de que la opción del Tribunal Constitucional de limitar el objeto del recurso de amparo a la posible vulneración del derecho a la libertad religiosa de los padres por el hecho de que eran ellos los que habían sido condenados por el Tribunal Supremo, no tuvo presente que la cuestión de si se habían vulnerado o no los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la autodeterminación personal e integridad física del menor, era también relevante, porque en función de si se determinaba que era a éste al que correspondía adoptar la decisión respecto a si aceptaba o no la transfusión de sangre por ser una decisión que formaba parte del ejer-

Sobre tales bases, son numerosas las normas existentes en la que se concede un grado suficiente de autonomía al menor en su actuación (al menor que se califica de «menor maduro»). Así el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, distingue entre el consentimiento de los menores que tienen madurez para prestarlos por sí mismos, para que no haya intromisión ilegítima en el ámbito protegido, y el de los que no poseen esa madurez, en cuyo caso ha de otorgarse por escrito por su representante legal con obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pueda oponerse en el plazo de 8 días, resolviendo entonces el Juez. Para los primeros, el consentimiento se exige que sea expreso (art. 2), y para los segundos, esa expresión se requiere constitutivamente que tenga forma escrita<sup>10</sup>. No obstante la Ley Orgánica 1/1996, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo en su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que el menor dé su consentimiento. Se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos.

El artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, parece moverse operando sobre ambos criterios. El precepto parece ocuparse de hasta cuatro supuestos diferentes: a) Menor de 12 años no capaz in-

---

cicio de sus derechos fundamentales, la posición que los padres deberían haber adoptado, era la de respetar la voluntad de su hijo en el ejercicio de sus derechos fundamentales, tal y como sucedió, y además hubiese obligado a valorar cuál es el «interés del menor» en ese caso concreto (si el ejercicio de sus derechos fundamentales aunque ello tuviera como consecuencia su muerte, o la protección de su vida aunque ello supusiese limitar el ejercicio de sus derechos fundamentales»).

Por su parte, M.<sup>ª</sup> J. Santos Morón. «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio», *La Ley 2002-7*, pp. 1635-1636, considera que el Tribunal Constitucional debería haber llevado a la conclusión de que el menor poseía suficiente madurez y juicio para decidir —en ejercicio de sus derechos a la libertad religiosa, su derecho a la integridad física y su derecho al libre desarrollo de la personalidad— acerca de la transfusión. Y añade que, «probablemente la actitud del TC contraria a la aceptación de la capacidad del menor se explica por la natural reticencia a admitir que cualquier persona, sobre todo si no ha alcanzado la mayoría de edad, pueda rechazar una intervención poniendo en peligro con ello su vida. Por ejemplo, en el Derecho inglés, a pesar de que los menores de edad inferior a los 16 años pueden dar por sí solos el consentimiento a los tratamientos médicos, si tienen la suficiente capacidad de entendimiento, lo cierto es que, al parecer, en la práctica los tribunales ingleses vienen exigiendo un mayor grado de capacidad cuando se trata de rehusar un tratamiento médico que, cuando se trata de prestar el consentimiento al mismo. Para concluir que «en cualquier caso, al margen que resulte criticable la postura de los tribunales ingleses (...), de los hechos relatados se desprende que tanto los médicos implicados como el juez que inicialmente dio la autorización —que fue consultado por el personal sanitario del hospital en que el menor fue ingresado antes de darle el alta— consideraron que no debía imponerse al menor la transfusión contra su voluntad. Tal comportamiento sólo se explica si se acepta, a juicio de los médicos que, el menor era plenamente consciente de las consecuencias y del alcance de su decisión y, por consiguiente, poseía la capacidad necesaria para decidir eficazmente en este ámbito. De admitirse la premisa indicada, la consecuencia que necesariamente hay que extraer es la falta de legitimación de los padres para autorizar la transfusión rechazada por el menor. Partiendo de esta idea no cabe sostener que los padres son *en todo caso* garantes de la vida del hijo menor de edad. Los titulares de la patria potestad no pueden ser considerados como «garantes» de los casos en que el menor tiene capacidad natural para decidir por sí mismo, si acepta o no la intervención médica».

<sup>10</sup> Aplica la Ley Orgánica 1/1982, porque los hechos ocurrieron el 19 de junio de 1982. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de julio de 2000 (RJ 2000/6753).

telectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención: presta el consentimiento su representante legal; b) Menor entre 12 y 16 años no capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención: consiente el representante legal después de haber escuchado la opinión del menor; c) Menor de hasta 16 años capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención: no lo aclara específicamente la Ley; d) Menor mayor de 16 años o emancipado: consiente en todo caso el menor; no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión. En este caso, la decisión de la determinación de la suficiente madurez corresponde al médico<sup>11</sup>.

La referencia al menor maduro también lo tenemos en diferentes legislaciones autonómicas, tal como hemos manifestado tales, como la Ley 3/2005, de 7 de marzo que, modifica la Ley 3/2001, de 28 de mayo gallega reguladora del consentimiento informado, y de la historia clínica de los pacientes, ya que en su Preámbulo al referirse al consentimiento por sustitución y reconocer la intervención, cada vez más activa del menor en relación con el derecho a la información y al consentimiento; y, también la Ley 8/2008, de 20 de junio de Derecho de salud de los niños y adolescentes de Valencia, cuando dispone el deber del médico de tener en cuenta la opinión del menor, si es maduro (artículo 17.2).

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo, señala en su Exposición de Motivos que, el desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona, y al libre desarrollo de la personalidad, y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y de cuando tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales, que las personas afrontan a lo largo de sus vidas que integran un ámbito esencial de la autodeterminación individual», y en el artículo 13.4 posibilita que las menores de 16 y 17 años puedan consentir exclusivamente la interrupción del embarazo, sin asistencia de sus padres.

En relación con la dispensa de la píldora post coital dentro del marco Estratégico de Salud sexual y reproductiva, que ha culminado en la Ley Orgánica 2/2010, permite la dispensa sin receta de dicha píldora incluso a menores, correspondiendo al farmacéutico

---

<sup>11</sup> Dando por supuesto la importancia que en el ámbito sanitario tiene el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues, es mayoritario el uso por el ciudadano de la sanidad pública (INSALUD) resulta de interés la referencia al artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre a cuyo tenor: *«tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad en el ejercicio y defensa de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, la tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate»*. Para la doctrina administrativista, la *ratio* del precepto no es otra que a los sujetos a los que se reconoce la titularidad de un derecho, se les da la posibilidad de actuar por sí. *Vid.*, J. González Pérez y F. González Navarro. «Comentario al artículo 30 de la LRJYPAC», *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 863.

determinar si tiene suficiente madurez la menor para comprender el alcance de su dispensa y, en consecuencia, permitir su compra<sup>12</sup>.

En relación con la eutanasia o muerte digna, la Ley 10/2011, de 24 de marzo de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte de Aragón, señala que desde la perspectiva del principio de autonomía de la voluntad de las personas, existen dos cauces o instrumentos principales para hacer posible su dignidad en el proceso de morir y de la muerte. El primero, el derecho de la persona a la información clínica, al consentimiento informado y a la toma de decisiones. El segundo consiste en el derecho de la persona a realizar la declaración de voluntades anticipadas, y a que sean respetadas las mismas. En el artículo 7 se precisa que «1. Toda persona tiene derecho a participar en la planificación anticipada de las decisiones sanitarias relativas a su proceso de morir y de la muerte»; y añade, en el artículo 11 que: «2. Si el paciente menor de catorce años tiene suficiente juicio para entender el alcance de la intervención sanitaria propuesta, el consentimiento informado será otorgado por el mismo, pero se requerirá la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de algunos de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. Si el paciente de menor de catorce años no tiene suficiente juicio sólo será posible practicar intervenciones sanitarias cuando lo exija su interés, apreciando conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor o subsidiariamente el Juez. 3. Las personas mayores de catorce años podrán prestar por sí mismas consentimiento informado y otorgar documento de voluntades anticipadas con la asistencia, en los casos previstos en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto del tutor. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Pariente o al Juez. Las mismas normas se aplicarán para la revocación del consentimiento informado y para el rechazo de la intervención que le sea propuesta por profesionales sanitarios, en los términos previstos en el artículo 8 de esta Ley. Si el paciente menor mayor de catorce años no está en condiciones de decidir, la intervención sanitaria sólo será posible cuando lo exija el interés del mismo, apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y subsidiariamente por el Juez».

Por su parte, la Ley 2/2010, de 8 de abril de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el proceso de la muerte de Andalucía, igualmente, dispone en la Exposición de Motivos de la Ley que, desde la perspectiva del principio de autonomía de la voluntad de las personas, existen dos cauces o instrumentos principales para hacer posible su dignidad en el proceso de morir y de la muerte. El primero, el derecho de la persona a la información clínica, al consentimiento informado y a la toma de decisiones. El segundo, consiste en el derecho de la persona a realizar la declaración de voluntades anticipadas, y a que sean respetadas las mismas. El artículo 11 pone de manifiesto al respecto que: «3. Las personas menores emancipadas o con dieciséis años cumplidos prestarán por sí misma el consentimiento, si bien sus padres o representantes legales serán in-

---

<sup>12</sup> Señala A. Nieto Alonso. «La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud», *La Ley* 2008-5, p. 1246 que, los artículos 162.1 y 267 del Código Civil tienden a conferir al menor —y no a sus padres ni a su tutor— la decisión de muchos asuntos ligados a su persona, entre estos asuntos, obviamente están a su juicio, los relacionados con el poder de autodeterminación sexual, como el recurso a los métodos anticonceptivos.

*formados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión final correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre».*

Finalmente, la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el proceso de la muerte de Navarra, establece en su artículo 12 que. «*Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Foral 7/2010, de 8 de noviembre, las personas menores emancipadas o con dieciséis años cumplidos prestarán por sí misma el consentimiento, si bien, cuando corresponda, sus padres o representantes legales serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión final correspondiente. En caso de conflicto prevalecerá la opinión del menor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre».*

Frente al amplio grado de decisión y autonomía que el legislador español parece conceder a los menores de edad no emancipados en relación con la toma de decisión sobre un derecho tan esencial como la vida y el fin de la misma, y la integridad física, en otros casos, de menor trascendencia, como la realización de tatuajes, anillados corporales («piercing»), u otra decoración corporal, sin embargo, se opta por exigir o la mayoría de edad, o el consentimiento de los padres para que autoricen su realización. Lo que supone una cierta contradicción en sus propios términos<sup>13</sup>.

En relación con las redes sociales, y dado el contexto actual en el que Internet ocupa gran parte de los actos cotidianos, se puede afirmar que, se trata de una aplicación *on line* que permite a los usuarios, de forma completamente descentralizada, generar un perfil público, compartir información, colaborar en la generación de contenidos y participar de forma espontánea en movimientos sociales y corrientes de opinión.

---

<sup>13</sup> *Vid.*, el Decreto 83/2002, de 23 de mayo de Valencia señala en su artículo 18 que, la realización de piercing, tatuajes, escarificaciones o similares podrán llevarse a cabo sobre los menores de edad o incapacitados, cuando ellos lo soliciten y medie el consentimiento por escrito de su representante legal, siendo éste a quien corresponde la valoración del suficiente juicio y condición de madurez del menor; el Decreto 43/2003, de 2 de mayo de las Islas Baleares, en su artículo 17 pone de manifiesto, igualmente, que para la realización de tatuajes y/o piercing a los menores de edad será imprescindible el consentimiento de, al menos uno de los padres del menor, o, en su caso, del tutor; el Decreto 154/2004, de 9 de noviembre de la Comunidad Canaria, exige también en su artículo 4 para los menores de edad no emancipados, el consentimiento expreso de su representante legal; el Decreto 35/2005, de 10 de marzo de la Comunidad de Madrid, dispone, asimismo, en su artículo 12.2 que, para estos casos será necesario el consentimiento informado de los menores no emancipados, que debe prestarse por sus representantes legales; finalmente, el Decreto 285/2005, de 11 de octubre del País Vasco, en su artículo 15.2 exige que en el caso de menores de edad, el documento de consentimiento a la realización de tales técnicas deberá ser firmado en presencia del aplicador y deberá ir acompañado de una fotocopia de un documento identificativo del representante legal. Sin embargo, el Decreto 18/2004, de 30 de noviembre de Extremadura en su artículo 9.2 establece que, la realización de las técnicas de decoración corporal a los menores de edad o incapacitados reguladas en el presente Decreto, podrá llevarse a cabo siempre que éstos tengan suficiente juicio o condiciones adecuadas de madurez y medie el consentimiento informado de su representante legal. En caso de menores de edad mayor de doce años, sin perjuicio del consentimiento informado de su representante legal, se exigirá el consentimiento previo, vinculante y por escrito del menor. En esta línea, dispone el Decreto 286/2002, de 26 de noviembre de Andalucía en su artículo 9 que, el personal aplicador deberá negarse a realizar la aplicación, si considera que el usuario no está en condiciones físicas o psíquicas de tomar una decisión adecuada, o de llevar a cabo las tareas de limpieza y cuidados posteriores; por último, el Decreto 90/2008, de 22 de abril de Cataluña en su artículo 6.2 establece que corresponde a los menores de edad con suficiente madurez prestar el consentimiento por escrito. La madurez suficiente del o de la menor para prestar el consentimiento se acreditará mediante escrito a este efecto, del padre, madre o tutor. No será necesaria acreditar la madurez suficiente, si se trata de mayores de dieciséis años.

En España, según datos del Libro Blanco de los Contenidos Digitales elaborado por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI), el perfil del 77% de los internatutras menores de edad que utilizan redes sociales, es visible al resto de los Internatutas. Tuenti, MySpace y facebook son las redes con mayor número de usuarios. Uno de cada tres jóvenes utiliza en España Internet. Y el 15% de los menores que utilizan Internet tiene el ordenador en su dormitorio. El 35% tiene más de un perfil en redes sociales. Y las edades de los usuarios van de los 10 a 18 años.

Recordemos que la Ley Orgánica 1/1996, establece que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. A su vez, la difusión de información, utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que, pueden implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honor y propia imagen, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley, tales como la retirada o bloqueo inmediato de los contenidos, solicitando, igualmente, de forma inmediata las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Por otro lado, los menores gozan de libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos, extendiéndose este derecho a los casos de publicación y difusión de sus opiniones, entre otros casos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la propia imagen del menor.

Por su parte, según la Agencia Española de Protección de Datos, los mayores de 14 años disponen de las condiciones de madurez precisas para consentir por sí mismo, el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. Respecto de los menores de dicha edad no se puede ofrecer una solución clara al respecto, por lo que la referencia legal tendrá que buscarse en el artículo 162.1, teniendo en cuenta las condiciones de madurez del menor (Resolución de la Agencia Protección de Datos de 9 de mayo de 2007). Al respecto, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Protección de datos en su artículo 13 dispone que, se podrá proceder al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores. Es importante anotar que, en ningún caso, podrá recabarse del menor, datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos, o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización precisa en el apartado anterior. El Reglamento también establece que, cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los mismos, deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos.

En el análisis de varias redes sociales, muestran que, si bien para acceder a ellas hay que indicar la edad, algunas no establecen ninguna medida para verificar ésta. Y, hay posibilidad de falsear la edad por parte del menor, lo que genera una expectativa bastante razonable de peligro en el tratamiento de los datos de carácter personal tanto

propios del menor, como de sus familiares y allegados, máxime cuando son redes que pueden ser utilizadas por cualquier usuario, sea éste mayor o menor de edad. En el caso de Facebook la edad está en 13 años, y 14 años en el caso de Wamba.

No obstante, la Comisión Europea ha informado que diecisiete de las principales redes sociales europeas (Facebook, Google/YouTube, Myspace, Yahoo Europa, Netlog, Arto, Bebo, Habbo hotel, Zap.lu, Hyves, Nasza-Klaza.pl, entre otras) han llegado a un acuerdo para incrementar la seguridad para los menores, mejorando la protección a los mismos, y limitando los riesgos de un uso inapropiado: acoso, requerimientos sexuales por parte de adultos, o divulgación de información personal.

Tales redes se comprometen a impedir el acceso de usuarios demasiado jóvenes para utilizar sus servicios; hacer fácilmente visibles las opciones a elegir entre los diferentes grados de protección de la intimidad en cuanto al acceso a los perfiles; y dar de alta los perfiles de menores automáticamente en modo privado, de forma que sean accesible sólo a los amigos e inaccesible desde los buscadores.

En España, la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de la comunicación audiovisual, en su artículo 7 señala que: «1. Los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento, o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente. En todo caso, está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación».

Se impone que, «todos los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, incluidos los de a petición, utilizarán para la clasificación por edades, una codificación digital que permita el ejercicio del control parental. El sistema de codificación deberá ser homologado por la autoridad audiovisual».

Por su parte, el Partido Popular presentó en el Congreso una Proposición no de Ley, dentro de su Plan Integral de Defensa de los Menores, sobre la seguridad de los menores en redes sociales de Internet para su debate en el Pleno, en la que se proponía que los adolescentes no pudieran entrar en redes sociales de Internet hasta los 18 años sin consentimiento de sus padres. Si querían abrir una cuenta antes de haber cumplido dicha edad, debería contar con el consentimiento paterno.

Para Lourdes Muñoz, portavoz del partido socialista de Nuevas Tecnología en el Congreso de los Diputados, esta propuesta va contra «los derechos del menor a acceder a la información y socializarse con sus amistades» y, la propia autonomía del menor en la toma de decisiones.

A pesar de los innumerables beneficios que conlleva la utilización de los medios tecnológicos, es necesario tener en cuenta cómo Internet, y especialmente, las plataformas de difusión de contenidos, están siendo utilizadas como medio para propagar contenidos violentos, o lesivos contra menores de edad y discapacitados. Recientemente, expertos han venido elaborando un nuevo concepto de acoso que se vale de medios electrónicos, y que recibe el nombre de *ciberbullying* o *ciberacoso* que supone el uso y difusión de información lesiva o difamatoria en formato electrónico a través de medios de comunicación como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las redes sociales, la mensajería de texto a través de teléfonos o dispositivos móviles, o la publicación de vídeos y fotografías en plataformas electrónicas de difusión de contenidos. Junto al *ciberbullying* surge otra situación que puede implicar un riesgo para la seguridad e integridad

de los menores. Se trata del *grooming*, esto es, un acoso ejercido por un adulto y se refiere a las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor<sup>14</sup>. Se podría decir que son situaciones de acoso con un contenido sexual explícito o implícito. En ambos casos, no se trata de nuevos delitos, sino de formas adaptadas al nuevo entorno tecnológico para cometer tipos delictivos preexistentes. De esta forma, el *grooming* y el *ciberbullying* constituyen dos riesgos para los menores en Internet<sup>15</sup>.

No obstante, esta ecuación autonomía-representación que parece fundamentar la realización del menor cada vez de mayores actuaciones con cierta libertad y sin control paterno, contrasta con las consecuencias que, en materia de responsabilidad se derivan cuando aquellas son constitutivas de un ilícito civil y penal, pues, corresponde asumirlas a los progenitores en base a una culpa *in vigilando* o *in educando* (artículo 1903 del Código Civil) como representantes legales de tales menores.

### 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES EN LA ACTUACIÓN Y EDUCACIÓN DEL HIJO/S MENOR DE EDAD

Tradicionalmente, se ha considerado que se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo, fundamentándose, principalmente en la culpa «*in vigilando*» y/o «*in educando*» que corresponde a quienes ostentan la patria potestad<sup>16</sup>. En este sentido se señala que, los padres responden por los hechos dañosos de sus hijos sometidos a su guarda, aun cuando el daño resulte directa y materialmente atribuible al hijo<sup>17</sup>; pues, nos encontramos ante una falta de vigilancia, cuidado y educación del hijo por quienes ejercen la patria potestad; lo que supone considerar que los padres, si bien de forma indirecta y generalmente por omisión, han contribuido a la causación del daño. Se habla de una responsabilidad por hecho propio, o, por culpa propia, precisamente, por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> El *grooming* están tipificado penalmente en el artículo 183 bis de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>15</sup> Los menores (adolescentes) no son a veces conscientes que, sus comportamientos en la red, puede resultar conductas tipificadas en el Código Penal: amenazas, calumnias e injurias, delitos contra la intimidad, o actos contra la libertad sexual.

<sup>16</sup> Si bien, algunos autores interpretan que la culpa *in educando* no es un criterio de imputación autónomo de la responsabilidad y que solo sirve para modular la obligación de vigilancia. Vid., M.<sup>a</sup>L. Atienza Navarro. La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *Responsabilidad Civil en el ámbito de las relaciones familiares, coordinador J. R De Verda y Beamonte*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2012, p. 447.

<sup>17</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.<sup>a</sup>, de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/213642).

<sup>18</sup> Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979/919); de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (RJ 1983/1469); de 7 de enero de 1992 (RJ 1992/149); de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1520); y, sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2006 (RJ 2006/1076); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca de 20 de octubre de 1998 (AC 1998/7922); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2000 (AC 2000/284); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2001 (JUR 2001/158449); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.<sup>a</sup>, 5 de diciembre de 2001 (JUR 2002/44482); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de mayo de 2005 (JUR 2005/166449).

En esta línea, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales que consideran a los padres responsables de la conducta dañosa del hijo, tras considerar que hubo culpa «*in vigilando*» o «*in educando*», o ambas; en esencia, que incumplieron con los deberes derivados de la patria potestad<sup>19</sup>

Si bien, estamos ante una presunción *iuris tantum* de responsabilidad que, admite prueba en contrario, esto es, se ha de probar por parte de los progenitores que éstos han empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño; si bien, en la mayoría de los casos no se admite tal prueba y, en consecuencia, no se estima que, los padres hayan actuado diligentemente, es decir que, aporten prueba exonerativa suficiente, ya que, resulta ser una tendencia consolidada el hecho que sistemáticamente se les ha venido condenado a reparar el daño causado por sus hijos, sin importar el contexto en que tiene lugar, la edad del hijo, u otras circunstancias personales de los padres; de ahí que, en la práctica con tal proceder se haya revestido a esta responsabilidad de cierto matiz objetivo «que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, de manera que la responsabilidad dimana de omisión propia del padre, madre o tutor de dicho deber de vigilancia, con independencia del nivel de discernimiento de que se encuentra *in potestate*»<sup>20</sup>, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues, la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador

---

<sup>19</sup> Vid., las sentencias, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (RJ 1983/1469) —que habla también de culpa *in custodiando*—; 22 de abril de 1983 (RJ 1983/2118); de 4 de mayo de 1983 (RJ 1983/2622); de 10 de junio de 1983 (RJ 1983/3517); de 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4332); de 22 de enero de 1991 (RJ 1991/304); de 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992/7014); de 9 de julio de 1998 (RJ 1998/5547); de 12 de mayo de 1999 (RJ 1999/4576); de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/1520); y, sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006/7170). Las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 8 de marzo de 1993 (AC 1993/752); de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de noviembre de 1997 (AC 1997/2216); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 3.ª, de 23 de febrero de 2001 (JUR 2001/148816), menores condenados por un delito de agresión sexual, responsabilidad de los padres por omisión del deber de vigilancia y educación; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, de 29 de octubre de 2004 (AC 2004/1944); y, 23 de marzo de 2006 (AC 2006/1632); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2007 (JUR 2008/133131); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 29 de enero de 2009 (JUR 2009/192683); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19.ª, de 25 de febrero de 2009 (AC 2009/360) hablan de *culpa in educando* (en esta sentencia se condenó a los padres y al centro docente); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 5.ª, de 25 de octubre de 1999 (AC 1999/8748), omisión de la obligada diligencia «*in custodiando*» o «*in vigilando*»; la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 7 de octubre de 2004 (JUR 2004/292092), culpa respecto a la vigilancia y educación de su hijo; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999/7622); de la Audiencia Provincial de La Rioja de 10 de enero de 2000 (AC 2000/716); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 1.ª, de 18 de febrero de 2000 (JUR 2000/97215); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección única, de 10 de marzo de 2000 (AC 2000/3256); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, de 13 de febrero de 2001 (JUR 2001/158449); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, de 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/249408); de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 10 de marzo de 2004 (JUR 2004/122511); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, de 6 de julio de 2005 (JUR 2006/222861); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.ª, de 14 de mayo de 2009 (JUR 2009/378480) de *culpa in vigilando*.

<sup>20</sup> Vid., las sentencias, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409); de 22 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4332); de 22 de enero y 7 de febrero de 1991 (RJ 1991/304; RJ 1991/1151); y, de 28 de julio de 1997 (RJ 1997/5810); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.ª, de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1115).

por omisión de aquel deber de vigilancia<sup>21</sup>, creando la falta de cuidado del padre en la vigilancia del menor «el riesgo de una conducta nociva por parte de éste traducida en un daño efectivo y real y debe por ello resarcirlo a menos que, pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la Ley»<sup>22</sup>.

Se opta como fundamento de la responsabilidad de los padres en la vigilancia de sus hijos, no sólo por la culpa, sino también en el hecho que los padres crean el riesgo de que sus hijos dañen a terceros mientras sean menores; en el principio *pro damnato*<sup>23</sup>; o, en fin, se sostiene que «la responsabilidad de los padres que se declara en el artículo 1903, obedece a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no obstante, no se menciona tal dato de culpabilidad, por lo que acertadamente estamos ante una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva»<sup>24</sup>.

En todo caso, esta tendencia moderna que tiende a la objetivación en la determinación de la responsabilidad de los padres sobre principios derivados de la teoría del riesgo<sup>25</sup>, o bajo la idea de la obligación de garantía frente a la insolvencia del menor, encuentra también apoyo en nuestra doctrina y justifican que los padres respondan con independencia de su propia culpabilidad<sup>26</sup>. Así se considera insuficiente y artifi-

---

<sup>21</sup> Vid., las sentencias; Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1978 (RJ 1978/815); de 24 de marzo de 1979 (RJ 1979/919); de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409); y de 10 de marzo de 1983 (RJ 1983/1469).

<sup>22</sup> La sentencia, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 1983 (RJ 1983/1469); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 3 de marzo de 1999 (AC 1999/4247).

<sup>23</sup> Las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 8 de octubre de 1997 (AC 1997/2208); y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.ª, de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003/49305).

<sup>24</sup> Vid., las sentencias, Sala de lo Civil, de 22 de enero, de 7 de febrero y de 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/304; RJ 1991/1151; RJ 1991/9479); de 7 de enero y 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992/149; RJ 1992/7014); de 30 de junio de 1995 (RJ 1995/5272); de 24 de mayo de 1996 (RJ 1996/3915); de 28 de julio de 1997 (RJ 1997/5810); y, de 11 de marzo de 2000 (RJ 2000/4576), habla de responsabilidad por semi-riesgo, con proyección cuasi-objetiva; por su parte, las sentencias, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 8 de marzo de 2006 (RJ 2006/1076); y, de 10 de noviembre de 2006 (RJ 2006/7170) hablan, asimismo, de responsabilidad cuasi-objetiva.

Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo de 14 de mayo de 1992 (AC 1992/742); de la Audiencia Provincial de Córdoba de 27 de enero de 1993 (AC 1993/37); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 8 de octubre de 1997 (AC 1997/2208); de la Audiencia Provincial de Cuenca de 20 de octubre de 1998 (AC 1998/7922); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 3 de mayo de 1999 (AC 1999/6141); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 9 de noviembre de 1999 (AC 1999/7622); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 14 de marzo de 2000 (JUR 2000/182841); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2.ª, de 13 de mayo de 2000 (JUR 2000/180247); de la Audiencia Provincial de Teruel de 29 de mayo de 2001 (JUR 2001/201323); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 19 de noviembre de 2001 (JUR 2004/33028); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 2.ª, de 2 de febrero de 2002 (JUR 2002/75463); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, de 5 de abril de 2003 (JUR 2003/171110); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2.ª, de 4 de diciembre de 2003 (JUR 2004/51195); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.ª, de 28 de octubre de 2005 (JUR 2006/151803); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.ª, de 30 de marzo de 2006 (JUR 2006/254663); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 7 de julio de 2009 (AC 2009/2067).

<sup>25</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 3 de marzo de 1999 (AC 1999/4247), responsabilidad por el riesgo creado; y de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, de 17 de marzo de 2003 (JUR 2003/243663).

<sup>26</sup> M. Yzquierdo Tolsada. «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *Tratado de Derecho de Familia, vol. VI Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia, directores Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2011, p. 915; J.M León González. «La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. II*, Eunsa, Pamplona 1969,

cioso mantener las presunciones de culpa «*in vigilando*» o «*in educando*» del artículo 1903.2; cuando se aprecia en la responsabilidad de los padres por culpa, ha variado en su fundamentación hacia un cierto matiz objetivo o «prácticamente objetivo»<sup>27</sup>; o directamente se prescinde de la culpa del sujeto como presupuesto de tal responsabilidad, optando por calificar de objetiva tal responsabilidad paterna, al considerar que «aquella no es un criterio de responsabilidad por hecho ajeno, pues, el Código civil impone la obligación de indemnizar al margen o con independencia de la culpa. La ausencia de culpa, es por tanto, una excepción que puede alegar el demandado, pero sin ninguna posibilidad real de éxito»<sup>28</sup>; y, en última instancia con tal objetivación se tiende a buscar en último término a un responsable<sup>29</sup>, pues, existe una relación social o de garantía en el sentido de asegurar en todo caso al perjudicado la reparación del daño, ante la posibilidad de que el que lo cause, resulte insolvente, y con ello, incapaz de indemnizar<sup>30</sup>.

No falta, sin embargo, en la doctrina quien opta por la interpretación tradicional del precepto, considerando que la responsabilidad de los padres se fundamenta precisamente, en la culpa; y, sin que una práctica judicial, precisamente no proclive a dotar de

---

pp. 277-278; M. Navarro Michel. La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, Bosch, Barcelona 1998, p. 31. Lo advierten, asimismo, E. GÓMEZ CALLE. «Responsabilidad de padres y centros docentes», *Tratado de Responsabilidad Civil, T. III Parte Especial. Segunda, coordinador L. Fernando Reglero Campos*, Thomson Aranzadi, Navarra 2008, p. 147; L.M. Martínez Velencoso. «La responsabilidad civil derivada de hechos ilícitos cometidos por personas sujetas a patria potestad y tutela», *Práctica. Derecho de daños, número 41, septiembre 2006*, p. 13; J. Santos Briz. «La responsabilidad por hecho de otro derivada de acto ilícito no penal», *Tratado de Responsabilidad Civil, T. II*, Bosch, Barcelona 2008, p. 656; E. Roca Trias. «Responsabilidad por hecho ajeno», *Derecho de Daños. Textos y materiales, de Encarna Roca Trias y Mónica Navarro Michel*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, pp. 150-151; C. Conde-Pumpido Ferreiro. «Los problemas de la responsabilidad civil por hechos ilícitos de los incapaces», *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. II*, Eunsa, Pamplona 1969, p. 76, ya hace años se aventuraba a advertir que, la doctrina de la responsabilidad por culpa en el ámbito civil está en crisis, ya que la responsabilidad subjetiva cede cada día más el paso a la responsabilidad objetiva.

En la doctrina italiana, M. Franzoni. «L'illecito», *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, 2004, pp. 613-615 confirma la tendencia a la objetivación de la culpa y el progresivo abandono de la imputabilidad de los requisitos de la responsabilidad civil, defendiendo que el objetivo de la responsabilidad por hecho ajeno es garantizar al perjudicado la posibilidad de conseguir el resarcimiento.

<sup>27</sup> J. Santos Briz. «Comentario al artículo 1903 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXIV*, Edersa, Madrid 1984, p. 564; X. O'Callaghan Muñoz. Compendio de Derecho Civil, *T. II Derecho de Obligaciones*, 5.ª ed., Difusa, Madrid 2006, p. 729; C. Rogel Vide. La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial, Madrid 1977, pp. 128-129; del mismo autor, «La responsabilidad civil extracontractual por los hechos de las personas sometidas a patria potestad o tutela (Comentarios a la STS de 15 de febrero de 1975)», *Anuario de Derecho Civil, 1976*, pp. 1235, 1242, 1243 y 1248.

<sup>28</sup> M. Navarro Michel. La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, Bosch, Barcelona 1998, pp. 29 y 171, que añade «el último párrafo del mismo artículo 1903 permite alegar la falta de culpa como causa exonerativa, pero si no se alega o no se prueba suficientemente esa ausencia de culpa, la responsabilidad vendrá impuesta automáticamente. Además, el Tribunal Supremo no ha admitido nunca esta prueba liberatoria, con lo que establece una presunción de culpa *iuris et de iure*, y este tipo de presunciones no son propiamente tales, sino auténticas normas jurídicas que reciben una incorrecta formulación».

<sup>29</sup> Vid., sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, de 2 de febrero de 2006 (JUR 2006/95774).

<sup>30</sup> A. Paños Pérez. La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados, Atelier, Barcelona 2010, p. 14.

efectividad la causa exonerativa contenida en el último párrafo, varíe el sentido de la norma<sup>31</sup>.

Como acertadamente asevera YZQUIERDO TOLSADA sorprendentemente estaríamos ante un nuevo «elemento de riesgo» para la sociedad, como es tener un hijo pues viene a ser «lo mismo que explotar reactores nucleares o fabricar maquinaria agrícola o ácido sulfúrico»<sup>32</sup>; y, chocaría tal pretendida objetividad con el progresivo reconocimiento legal de la capacidad de autodeterminación del menor de edad, y de cierta dosis de autonomía en su actuación, al exigirse un mayor control y autoridad a quienes ejercen la patria potestad respecto de sus hijos menores, frente a la flexibilidad en tal control, que la propia evolución legislativa en materia de menores desde la reforma de 1981, viene imponiendo, cuando estamos ante menores con cierto grado de madurez y discernimiento<sup>33</sup>.

Lo cierto es que, como precisa el citado autor, pretender esa objetividad «no sólo condena a los padres, sino que además, les insulta: los padres responden por ser negligentes, descuidados, ligeros e imprudentes en la educación o en la vigilancia de sus hijos. En suma, por ser malos padres. Poco importa también si los padres de un joven conflictivo han recabado el auxilio de las instituciones que, llevaron a cabo un seguimiento psicológico del mismo y elaboraron un informe para solicitar su ingreso en una residencia»<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> E. Gómez Calle. «Responsabilidad de padres y centros docentes», *ob. cit.*, pp. 149-150; A. Paños Pérez. La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por menores e incapacitados, *ob. cit.*, p. 34, señala que no podemos admitir la culpa como único fundamento de la obligación de reparar, pues, hay que agregarle la idea de garantía, destinada a asegurar a las posibles víctimas que los menores serán intensamente vigilados o, de lo contrario, se verán reparadas del daño sufrido; M.<sup>a</sup> L. Atienza Navarro. «La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad», *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, coordinador José Ramón De Verda y Beamonte, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona 2012, p. 439 acertadamente con posterioridad dispone que, el temor a que las víctimas queden sin resarcimiento por daños causados por menores, quizá convendría que existieran unos fondos públicos —en la línea de la seguridad social— para los casos de daños fortuitos que provocan situaciones de desamparo (p. 441). Asimismo, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1463); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2000 (JUR 2000/270739), se considera excesivo obligar a los padres a conocer en cada momentos las actuaciones de sus hijos, cuando éstos las mantienen ocultas; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2009 (AC 2009/306).

<sup>32</sup> M. Yzquierdo Tolsada. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid 2001, p. 255; del mismo autor, «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *ob. cit.*, p. 914.

<sup>33</sup> E. Gómez Calle. «Responsabilidad de padres y centros docentes», *ob. cit.*, pp. 150-151; J.M. Abril Campoy. «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXIX, número 675, enero-febrero 2003, p. 37; S. Díaz-Alabart. «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos sometidos a patria potestad o tutela», *Anuario de Derecho Civil*, T. XL, Fasc. III, julio-septiembre 1987, pp. 804-805, quien, asimismo, precisa que «a tenor de la postura jurisprudencial de una responsabilidad objetiva, se exige a los padres y los tutores una vigilancia y educación de tal tipo que dé como resultado la imposibilidad material de que se produzca ningún hecho dañoso. Porque si se produce, es porque no ha existido la diligencia debida. Dicha vigilancia supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre menores e incapacitados, negando a éstos el ámbito de la libertad personal que les corresponde por su edad de acuerdo con el sentir social». Y, añade que «en la actualidad es totalmente impensable la férrea vigilancia y el estricto control que parece exigir el Tribunal Supremo, especialmente para los menores cercanos a la mayoría de edad, a los que en otros países se ha dado en llamar muy gráficamente «grandes menores».

<sup>34</sup> M. Yzquierdo Tolsada. «La responsabilidad civil de padres, tutores y guardadores por daños a terceros», *ob. cit.*, p. 916.

Lo cierto es que, existe ya una conciencia de un cambio en el «*status* social del menor», de dotarle de un mayor grado de autonomía y de autodeterminación en lo que implica el desarrollo de su personalidad; lo que justifica que el «menor maduro» con una edad progresivamente cercana a la mayoría de edad, y con suficientes condiciones de madurez, esto es, con capacidad de entender y querer el acto concreto, a la par que aumenta su autonomía y autorresponsabilidad en cualquier ámbito de su actuación, disminuye el grado de influencia, control y vigilancia de la autoridad paterna; y por tanto, debería rebajarse en tal proporción el grado de diligencia exigible a los padres<sup>35</sup>, pues, resulta contradictorio que los padres pierdan parte de su autoridad para controlar los actos de sus hijos, porque moderna corrientes psicopedagógicas y el propio artículo 10 de la Constitución Española parece orientarse en dicha dirección, y sin embargo, se siga exigiendo a aquéllos la misma responsabilidad frente a cualquier actuación del hijo, como si no hubieran perdido esa parcela de representación legal. Se posibilita la actuación del menor dotándole de cierto margen de libertad, pero eso no se traslada en la misma proporción a la responsabilidad de los padres en el marco de su representación legal. Aunque no faltan pronunciamientos jurisprudenciales donde se señala que «la responsabilidad que dimana de la culpa propia del padre, madre o tutor por omisión del deber de vigilancia, no tenga relación con el grado de discernimiento del constituido en potestad»<sup>36</sup>.

Al intento de los padres de demostrar la diligencia en su proceder, el Tribunal Supremo, como ya apuntamos, ha venido condenando sistemáticamente a los padres del causante del daño, pues, además, de hacer prácticamente inviable la referida pretensión de los progenitores, sigue predicando la irrelevancia de la capacidad de discernimiento o la madurez del menor de edad. No obstante, si alguna vez les ha eximido de responder no ha sido precisamente, por haber admitido la prueba de diligencia, sino por apreciar otros extremos, tales como que no se ha considerado probado que el daño fuera causado por el hijo<sup>37</sup>, o por falta de causalidad —el daño no le era objetivamente imputable—<sup>38</sup>; o que el perjudicado no se habían reservado en el proceso penal la acción civil contra los padres para su posterior ejercicio en vía civil (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de febrero de 1961)<sup>39</sup>; o porque había quedado consumida en el proceso penal la acción civil (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1982); o bien, porque estamos ante un supuesto de responsabilidad «*ex delicto*» (sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 2 de marzo de 1994)<sup>40</sup>; o, porque se ha considerado que el menor no ha obrado culposamente (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1988 y de 28 de diciembre de 2001)<sup>41</sup>; o, en fin, se entiende que el daño fue resultado.

<sup>35</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 30 de junio de 2000 (JUR 2000/270739); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13.ª, de 3 de marzo de 2005 (AC 2005/516).

<sup>36</sup> Vid., sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 1980 (RJ 1980/2409); de 10 de marzo de 1983 (RJ 1983/1469); y de 22 de enero de 1991 (RJ 1991/304). Igualmente, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, 1 de junio de 2005 (JUR 2005/234904); y la de Audiencia Provincial de Barcelona, sección 11.ª, de 30 de marzo de 2006 (JUR 2006/254663).

<sup>37</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de febrero de 1959 (RJ 1959/484).

<sup>38</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2005 (RJ 2005/4438).

<sup>39</sup> RJ 1961/326.

<sup>40</sup> RJ 1994/2097.

<sup>41</sup> RJ 1988/3116 y RJ 2002/3094. Como señala acertadamente M. Yzquierdo Tolsada. Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, *ob. cit.*, pp. 254-255 «se hace prácticamente imposible

Ahora bien, además de una responsabilidad por culpa (de carácter subjetivo, si bien, con inversión de la carga de la prueba de la culpa *in vigilando y/o in educando*), es comúnmente admitida que la responsabilidad de los padres conforme al artículo 1903 del Código Civil es directa y no subsidiaria de la del agente material del daño, pues, «quien sufre el daño puede exigírsela sin más al que responde por la persona que lo causó», de forma que, quedan obligados los padres a responder junto al hijo; y, es, asimismo, legal, en tanto que sólo puede exigirse del modo y en los términos que la ley establece, al constituir un principio general sobre responsabilidad<sup>42</sup>; pues, en la doctrina late la idea de que se trata de una responsabilidad por hecho propio, pues, la causa del daño es la falta de la debida diligencia en la vigilancia, dirección y custodia por los padres de sus hijos menores; el daño, por consiguiente, debe ser atribuido más que al autor material del mismo, a esa falta de vigilancia o diligencia de aquellos<sup>43</sup>.

En este contexto que, los padres para cumplir con su deber de educar a los hijos y procurarles una formación integral, como parte fundamental del contenido de la patria potestad tal como establece el artículo 154 del Código Civil, opten por el modelo educativo del *homeschooling*, no significa incumplimiento de tal deber, ni por supuesto incurren por ello en responsabilidad.

Para que operase tal responsabilidad sería necesario que, se den los requisitos previstos en el artículo 1902 del Código Civil aplicables a la responsabilidad civil extracontractual, esto es, culpa o negligencia en la acción u omisión, un resultado dañoso y relación de causalidad entre ambos. De forma que, los padres para que incurran en responsabilidad han operado sobre los parámetros descritos, esto es, actuar de forma negligente por vía de acción u omisión, causar daño a su hijo menor de edad y que, entre el resultado dañoso y la actuación u omisión culpable exista relación de causalidad.

No parece que el proceder sea negligente por el hecho que opten por la educación en casa, en lugar de por un centro escolar, público, privado, o privado concertado, pues, como tantas veces hemos mencionado, *homeschooling* representa un modelo educativo más que, ha de cumplir con los contenidos mínimos formativos que, exige la Ley Orgánica 2/2006, sin perjuicio de los que fijen las comunidades autónomas en el ámbito de su competencia, al tratarse precisamente de una competencia transferida que, deberá ser objeto de evaluación e inspección en los términos que, marca la citada norma educativa estatal. Sólo cuando dicha educación y la forma de impartirla pueda probarse que ocasiona un daño al menor de edad, y que, además, tal resultado dañoso tiene una relación causa-efecto con la actuación negligente de los padres, o simplemente con su omisión,

---

encontrar un solo caso en el que hayan logrado unos padres demostrar que fueron diligentes en la vigilancia o educación del menor o incapaz: responderán los padres, porque sencillamente son padres», y añade, «sería más realista decir que los padres y los tutores son responsables, aunque no sean culpables, pero una cosa así sería formalmente una atrocidad, chocaría contra el artículo 1090 y supondrían un expediente de auténtica equidad contra ley. Sin embargo, el resultado es el mismo».

<sup>42</sup> C. López Beltrán De Heredia. La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos, Tecnos, Madrid, 1988, p. 26.

<sup>43</sup> C. Rogel Vide. La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial, Civitas, Madrid 1977, p. 126; C. Conde-Pumpido Ferreiro. «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas, T. II*, Pamplona 1969, p. 86; J. Santos Briz. «Comentarios al artículo 1903 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. XXIV*, Edersa, Madrid 1984, p. 562; E. Gómez Calle. «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *ob. cit.*, p. 1234.

igualmente, culposa o negligente, pueden aquéllos incurrir en responsabilidad por culpa propia. Lo cierto es que, serían tan responsables los padres que imparten una educación que perjudica a sus hijos por ejemplo, por excesivamente autoritaria y contraria a los principios y valores constitucionales, como quienes omiten la realización de la misma o, una parte sustancial de los contenidos que, la conforman, pues, la acción u omisión negligente, si causa daño, puede ser objeto de responsabilidad.

Es por ello, que ante el incumplimiento del deber de educación y formación integral de los padres respecto de sus hijos menores en todo lo que en sentido amplio se predica del término educación, tanto si ello tiene lugar en el ámbito del modelo educativo *homeschooling*, como en cualquier otro presencial, puede, asimismo, suponer en vía civil la suspensión o la privación de la patria potestad en los términos del artículo 170 del Código Civil; y, la asunción de la guarda del menor por las entidades públicas que en el respectivo territorio tienen encomendada la protección de los menores ante la situación de desamparo, en que se encuentra el menor (artículo 172 del Código Civil).

Por otra parte, en este contexto, en aras de lograr una adecuada y completa protección de los menores, el propio artículo 158 del Código Civil posibilita la intervención del juez, de oficio, a instancias del propio menor, del cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, con el fin de apartar al menor de cualquier peligro o de evitarle perjuicios. De forma que, si la educación que se imparte, causa al menor algún daño o perjuicio, la actuación y reacción de los poderes públicos ha de ser inmediata; como, asimismo, la adopción de las medidas pertinentes, algunas expuestas en líneas precedentes, sin que la participación directa de los padres en el ciclo formativo de los hijos, base del modelo *homeschooling*, determine necesariamente una mayor implicación de los poderes públicos en este sentido. Éstos como quienes ejercer la patria potestad deben preservar y procurar siempre el interés superior del menor sea cual sea el modelo educativo por el que los padres opten, pues, se trata de verificar el cumplimiento de un deber esencial en la patria potestad, como es la educación y formación integral de los hijos; aunque, también es cierto que, parte de esta responsabilidad, cuando la educación es presencial, viene a ser compartida con el centro docente; mientras en el modelo educación en casa tal responsabilidad se asume en su totalidad por los padres en cuanto son educadores a la vez que, docentes de sus hijos.

En todo caso, podemos concluir que, la opción por el modelo educativo de *homeschooling* no determina *per se* que, los padres incurran en responsabilidad, pues, como hemos manifestado, para que ésta opere han de darse los requisitos contenidos en el artículo 1902 del Código Civil. Sólo cuando en la utilización de este modelo, como cualquier otro, o la falta de su adopción, constituye incumplimiento del deber de educación de los hijos menores de edad no emancipados, y de ello se deriva un daño para éstos, es cuando se puede hablar de responsabilidad de los padres por hecho propio, y, resulta necesaria una actuación inmediata de los poderes públicos con el objeto de procurar la inmediata protección integral del menor.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **LA RESPUESTA DEL DERECHO ESPAÑOL Y DEL DERECHO COMPARADO**

#### **ANÁLISIS LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN ESPAÑA, DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL ALCANCE DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**



# LA EDUCACIÓN EN CASA Y EL ART. 27 DE LA CONSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TC

*María Moreno Antón*

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado  
Universidad Autónoma de Madrid

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace unos meses saltaba a los medios la noticia de la absolución, por parte del Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo, de una madre procesada por un delito de abandono de familia a causa de la falta de escolarización de su hijo de diez años. Según el fallo, no había motivo para considerar que el menor estaba en una situación de abandono, tal y como argumentó la Fiscalía al solicitar una multa de 1.260 euros, ni la vía penal era el lugar apropiado para dirimir la responsabilidad relativa a cuestiones académicas: *De la prueba practicada no se puede concluir una dejación y abandono graves o absolutos del deber de educar a su hijo por parte de la acusada....La transgresión de los deberes de asistencia que se imputan a la madre del pequeño, y que indudablemente existen, no llega a integrar el ilícito penal.* El fallo es taxativo a la hora de señalar que *no es la vía penal donde se debe dilucidar la responsabilidad de la madre respecto de carencias académicas y de integración que presenta su hijo y que pudieran dificultar en el futuro su acceso a estudios superiores y limitar sus posibilidades educativas y laborales, así como su adecuado desarrollo personal*. Esta es la línea mantenida también por el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia 1669/1994, de 30 de octubre que resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona que absolvió a un grupo de padres, pertenecientes a la comunidad «Niños de Dios», de los delitos de estafa, lesiones, fundación de centro de enseñanza ilegal y asociación ilícita, de los que habían sido acusados. El Tribunal Supremo afirma que la posibilidad de crear centros docentes, fuera del marco de las enseñanzas regladas, da entrada a otras formas alternativas de educación, entre las que cita el *homeschooling*, sin que por ello se transgreda el terreno de lo penal. Considera que el Derecho Penal debe mantenerse alejado de los debates sobre la idoneidad de los métodos pedagógicos y modelos educati-

---

<sup>1</sup> Sentencia de 11-junio-2012 del Juzgado de lo Penal número 2 de Vigo.

vos, incluso de aquéllos que están basados en la introversión y el autoritarismo, e indica que la jurisdicción penal debe mantenerse al margen de temas como éste, que están fundamentados en postulados psicológicos, sociológicos, culturales y morales que deben vincularse al campo de lo científico más que del Derecho (FJ 2º).

A pesar de ello, no son éstos los únicos casos que han llegado a la jurisdicción penal por falta de escolarización de menores. A título de ejemplo, en enero de 2012, la Audiencia Provincial de A Coruña falló en contra de procesar a una pareja de Sada que educaba a sus hijos de nueve y ocho años a través de un colegio norteamericano que imparte docencia a distancia<sup>2</sup>. En diciembre de 2009, la Audiencia Provincial de Teruel absolvía a unos padres acusados de abandono de familia, sobre la base de que educar equivale a desarrollar las facultades intelectuales o morales de una persona, y ello puede lograrse dentro o fuera del sistema educativo establecido por el Estado:

*Educación 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. Ciertamente la falta de escolarización supone la infracción de un precepto legal, pero no todas las infracciones legales constituyen delitos, y prueba de ello es que el propio legislador, que se ha cuidado de establecer en numerosas normas la obligatoriedad de la escolarización de los menores entre los seis y los dieciséis años, no se ha atrevido a definir, con carácter general, la sanción del incumplimiento de dicha obligación, y cuando lo ha hecho, como ocurre en la Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, ha sido para calificarlo de mera infracción administrativa (artículo 96.3 e), por el contrario cuando se ha referido al absentismo escolar, lo ha hecho como indicador de una situación de riesgo o desamparo. En consecuencia, estima la Sala, en contra del criterio sostenido por el Ministerio Fiscal, que 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 del artículo 226 del Código Penal; lo que conduce, en definitiva, a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida<sup>3</sup>.*

En el trasfondo de todas estas resoluciones está el fenómeno del *homeschooling* y su compatibilidad con el derecho a la educación del art. 27 de la Constitución (CE), así como con los deberes de los padres con respecto a sus hijos previstos por el Código Civil, cuya dejación puede ser objeto de sanción penal por la vía del art. 226 del Código Penal, que castiga el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad.

*El homeschooling* o *escuela en casa* es la denominación más común del aprendizaje en familia y supone la participación activa de padres y madres en la educación académi-

<sup>2</sup> Vid. <http://www.elideagallego.com/articulo/area-metropolitanalla-audiencia-respalda-a-la-familia-que-decidió-educar-a-sus-hijos-en-casa/20120122011216013294.html> (Consultado 19/09/2013).

<sup>3</sup> Sentencia 51/2009, de 16 de diciembre, FJ 2.º.

ca de los hijos, con el consiguiente efecto de su no asistencia al colegio<sup>4</sup>. Los menores son educados al margen de las enseñanzas regladas, normalmente por razones ideológicas, religiosas o de conciencia, pero también por motivos pedagógicos, siendo los padres los encargados de desarrollar las directrices educativas bajo la supervisión de las autoridades académicas<sup>5</sup>. Es una opción pedagógica más en países como Estados Unidos<sup>6</sup>, Australia y Canadá, aunque no es unánimemente admitida en el ámbito de la Unión Europea, donde las legislaciones nacionales oscilan entre su admisión plena —Reino Unido, Dinamarca o Bélgica—, su admisión restringida —Francia— o su prohibición absoluta —Alemania—<sup>7</sup>. No debe pues identificarse con la ausencia absoluta de escolarización ni con el absentismo escolar habitual, supuestos en los que no hay detrás proyecto educativo alternativo para el niño y cuyas causas suelen obedecer a factores ajenos a las concepciones ideológicas de sus padres, y más ligados a la miseria, la falta de recursos para transporte y comida o el desconocimiento del idioma<sup>8</sup>.

En España, el punto de partida para el estudio del fenómeno lo constituyen los primeros seis apartados del art. 27 de la Constitución:

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

El derecho a la educación contemplado por la norma se hace efectivo mediante la enseñanza básica obligatoria y gratuita a la que se accede a través de la escolarización<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. C. Cabo, Tesis Doctoral *El homeschooling en España: Descripción y análisis del fenómeno*, 2012 (Vid. en *El homeschooling en España. Sitio web de Carlos Cabo*).

<sup>5</sup> Cfr. L. Luengo, *Escolarización obligatoria y libertad de educación*, en *Comunidad Escolar*, n.º 699, mayo de 2002, [comunidadescolar.educacion.es/699/tribuna.html](http://comunidadescolar.educacion.es/699/tribuna.html).

<sup>6</sup> Un completísimo estudio de la educación en familia en los Estados Unidos puede verse en I. Briones Martínez, *Libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*, Barcelona, 2012.

<sup>7</sup> Vid. I. Briones Martínez, ¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCDEE)*, n.º 3, 2003, 32 pp. [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

<sup>8</sup> Cfr. C. Elías Méndez, *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Valencia 2002, p. 302.

<sup>9</sup> La Ley Orgánica 2/2006 de Educación (LOE) indica que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todos los ciudadanos, comprende diez años de escolaridad y se desarrolla entre los seis y los dieciséis años de edad (Art. 4.2). Abarca pues los niveles de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, configurándose la Educación Infantil (niños entre tres y seis años) como nivel de carácter gratuito, pero voluntario (Arts. 3.3 y 12).

Para algunos, la escolarización es la esencia del derecho a la educación por cuya efectiva realización deben velar los poderes públicos<sup>10</sup>. Consiste en la incorporación a un centro escolar para recibir las enseñanzas programadas previamente por el Estado en los niveles obligatorios como garantía del derecho a la educación. Su obligatoriedad se infiere de algunas disposiciones tales como el art. 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) que obliga a todos aquellos que tengan conocimiento de la no escolarización o inasistencia habitual de un menor al centro escolar, durante el periodo obligatorio, a ponerlo en conocimiento de las autoridades para que puedan adoptar las medidas tendentes a su escolarización, aunque los padres son los primeramente obligados en base al deber que tienen de educar a sus hijos y procurarles una formación integral por virtud del art. 154.1 1º del Código Civil. El incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad está tipificado como delito de abandono de familia y castigado con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses (art. 226.1 CP). Sin embargo, como se acaba de ver, la vía penal no se considera la más adecuada para conseguir la escolarización de aquellos menores que son educados en casa por sus padres porque no se cumple el tipo de la norma penal, que exige la concurrencia de dos circunstancias: una objetiva, consistente en el ejercicio inadecuado por parte de los padres de sus deberes de protección, en la dejación de funciones y deberes de la patria potestad; y otra subjetiva, consistente en que el incumplimiento de tales deberes genere un daño real al menor, privándole de la necesaria asistencia moral o material. La mayor parte de las decisiones judiciales que han resuelto supuestos de *homeschooling* en sede penal han culminado en la absolución de los padres porque, a los fines de integrar el tipo del art. 226 del Código Penal por ausencia de escolaridad de menores, se debe distinguir entre lo que es dejación de funciones y deberes de la patria potestad, que tiene lugar cuando al menor no se le procura ninguna formación, de aquellos casos en que recibe una formación, más o menos adecuada, pero por cauces no oficiales u homologados<sup>11</sup>.

El quid del *homeschooling* en nuestro país lo señalaba la Audiencia Provincial de Teruel en su sentencia de 2009 cuando se preguntaba «si la obligación de educar que contemplan los preceptos legales que definen el contenido de la patria potestad equivale a la obligación de escolarizar a los hijos en un centro homologado para recibir las enseñanzas primaria y secundaria obligatoria».

El Tribunal Supremo ha mantenido una actitud vacilante porque no excluye la posibilidad de educar en casa, pero, a la vez, señala los peligros que puede conllevar para la socialización del niño, remitiéndose a la solución judicial del caso concreto a instancias del Ministerio Fiscal o de los parientes del menor:

*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. La familia es un ámbito de relación que puede contribuir a la formación integral de la persona, si bien, limita*

---

<sup>10</sup> El derecho del art. 27 de la Constitución consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente si ello fuera del todo punto necesario (Voto particular del Magistrado José Vicente Gimeno Sendra a la STC 260/1994 de 3 de Octubre).

<sup>11</sup> Un elenco de resoluciones judiciales sobre esta cuestión puede verse en J. M.<sup>a</sup> Martí Sánchez, El «homeschooling» en el Derecho Español, en *RGDCDEE*, n.º 25, 2011, pp. 28 y ss.

*la posibilidad de interrelaciones personales y sociales necesarias en una sociedad abierta y competitiva. En este punto se puede discrepar de la elección efectuada por los padres de los menores y no es descartable la intervención del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente ante el Juez para evitar consecuencias perjudiciales para el menor, pero el ámbito apropiado para ejercitar esta acción protectora es el marcado por el Ordenamiento civil<sup>12</sup>.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dictado dos pronunciamientos relacionados con la cuestión: la sentencia 260/1994, de 3 de octubre que constituye una primera aproximación al tema; y la sentencia 133/2010, de 2 de diciembre en la que entra de lleno en el fondo del asunto, de ahí que dediquemos especial atención a su disección.

## **2. PRIMERA APROXIMACIÓN: LA STC 260/1994, DE 3 DE OCTUBRE**

Esta sentencia es el punto final de la declaración de desamparo y asunción de la tutela de veintitrés niños pertenecientes a la comunidad «Niños de Dios», acordada por la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña por Resoluciones de 10 de julio de 1990. La base de las mismas era el riesgo que podría representar, para la salud física y mental de los menores, su pertenencia a una secta tenida por «destructiva», aunque en el fondo del asunto se situaba su falta de escolarización.

La declaración de desamparo es confirmada por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona. Los padres de los menores interponen recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que deja sin efecto las medidas administrativas adoptadas por entender que los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física, intelectual, espiritual y moral. Por lo que a su escolarización se refiere, la Audiencia señala que su formación educativa, realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, estaba asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución.

Contra los autos dictados en apelación, la Generalidad de Cataluña recurre en amparo ante el TC, alegando vulneración del art. 27 de la Constitución en la medida en que los padres de los menores impiden su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral. Señala igualmente que la medida protectora adoptada es la de garantizar el cumplimiento de las Leyes, y que eso no debe interpretarse como una injerencia en la libertad ideológica o religiosa de los padres, sino como acción tendente a garantizar el cumplimiento de una obligación en pro del ejercicio del derecho a la educación integral de los menores. Concluye la Generalidad afirmando que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral.

---

<sup>12</sup> Sentencia de la Sala Segunda del TS de 30 de Octubre de 1994, F.J. 4.º. Ponente Excmo. Sr. Martín Pallín. En España hay numerosos defensores del sistema de educación en casa que se han agrupado en entidades como la «Asociación para la Libre Educación» (ALE), la asociación OLEA o «Crecer sin Escuela», que agrupan a unas 2000 familias (Vid. M.ª José Valero Estarellas, *Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, en *RGDC-DEE*, n.º 28, 2012, p. 3).

Los padres de los menores solicitan la desestimación del otorgamiento de amparo argumentando que la educación integral no es tarea exclusiva de los centros homologados, sino que también puede producirse en el ámbito familiar, siendo la familia el núcleo del desarrollo educativo, y viéndose favorecida tal opción por el derecho que asiste a los padres de educar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del amparo sobre la base de que no hay vulneración del art. 27 CE porque no existen pruebas de que los niños hayan estado privados del derecho a la educación. Coincidiendo con lo afirmado por la Audiencia Provincial, el Ministerio Fiscal arguye que la enseñanza no tiene que producirse obligatoriamente según el modelo propuesto por el Estado, sino que cualquier otro modelo educativo es válido siempre que con él se obtengan los mismos resultados. En el presente caso, y según los hechos que la Audiencia considera probados, no se produce desatención en la enseñanza y educación de los niños, y sí formación integral, a pesar de haber sido dispensada por cauces distintos a los de la escuela.

A la vista del planteamiento realizado por las partes ante el TC, la cuestión jurídica básica se centra en determinar si el derecho a la educación consiste en la total libertad de los padres para orientar a sus hijos hacia las convicciones morales, filosóficas o religiosas que crean más adecuadas, o si su esencia es el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera necesario como señala el voto particular del Magistrado *J. V. Gimeno Sendra*.

Pues bien, el Tribunal Constitucional falla desestimando el recurso de amparo formulado por la Generalidad de Cataluña. Es la sentencia 260/1994 de 3 de octubre<sup>13</sup> que constituye una primera aproximación al fenómeno de la educación en casa porque **no entra en el fondo del asunto** y deja en segundo plano, como cuestión sin relevancia constitucional, las relaciones entre escolarización obligatoria, libertad religiosa de los padres y derecho de los menores a la educación que son el núcleo central del problema<sup>14</sup>. El Tribunal se limita a afirmar que los *autos impugnados no impiden la escolarización de los menores, único supuesto en que tal derecho* (el derecho a la educación) *podría entenderse conculcado, sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad*. Añade, sin embargo, que la privación de la tutela a la Generalidad no impide que ésta ejerza sus facultades para asegurar la debida escolarización de los menores y el derecho de éstos a ser escolarizados, ya que los autos recurridos no tienen más alcance que el de dejar sin efecto la mencionada declaración de desamparo y la asunción de la tutela (FJ 2º).

---

<sup>13</sup> Esta resolución ha sido profusamente comentada por la doctrina. A título de ejemplo, V. Puente Alcubilla, *Minoría de edad, religión y Derecho*, Madrid 2001 pp. 309 y ss.; J. M.ª Martinell, Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia, 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)*, Bilbao 2001 pp.111 y ss.; M.ª J. Redondo Andrés, Familia y enseñanza, 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)*, Bilbao 2001, pp. 715 y ss.; A. Castro Jover, Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, n.º 2, 2002, pp. 113 y ss.; I. Martín Sánchez, *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada 2002, pp. 193 y ss.

<sup>14</sup> Cfr. R. Navarro Valls & J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 1.ª ed, Madrid, 2011, p. 248.

Aunque no se pronuncia claramente sobre el tema, el TC no parece incluir la escolarización libre como uno de los supuestos amparados por los derechos educativos parentales pues, por una parte, señala que impedir la escolarización de los menores podría conculcar su derecho a la educación; y por otra parte, indica que la escolarización es un derecho de todo niño por cuya efectividad están obligados a velar los que son responsables de él, de manera que *la Generalidad puede servirse de los instrumentos legales de que está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables* (FJ 2º)<sup>15</sup>.

Esta posición del TC merece el reproche de uno de sus magistrados, en cuyo voto particular entiende que el Tribunal debería haber entrado en el fondo del recurso de amparo y declarar que la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo los padres han de impartir la educación que estimen conveniente, porque el derecho a la educación del art. 27.1 CE tiene como titular originario al niño, cuyo interés es preponderante sobre la voluntad de sus padres<sup>16</sup>.

### **3. DOCTRINA NUCLEAR: LA STC 133/2010, DE 2 DE DICIEMBRE**

Con esta resolución del TC se resuelve el recurso de amparo presentado por tres familias a las que se había obligado judicialmente a escolarizar a sus hijos menores en el ciclo escolar básico, a pesar de recibir enseñanza en su propio domicilio (sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín de 5 de mayo de 2003 y sentencia de la AP de Málaga de 6 de junio de 2005, en apelación)<sup>17</sup>.

De los antecedentes del caso, deben tenerse en cuenta los siguientes datos:

- 1.º Los cinco menores forman parte de familias bien estructuradas en las que los padres se preocupan por sus hijos.
- 2.º Los niños reciben educación en el mismo domicilio. Dan clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como educación ética. Hablan cinco idiomas.
- 3.º Las resoluciones judiciales de instancia no cuestionan la calidad de la enseñanza domiciliaria recibida, sino que se centran en la escolarización como derecho del niño y su conexión con el art. 27.1 y 4. CE, así como en los beneficios futuros que la misma puede reportar en el marco de los grados y las titulaciones.
- 4.º Los recurrentes alegan vulneración del derecho a la educación porque la enseñanza fuera de los centros docentes es ilegal, no está contemplada por la legislación, y los órganos judiciales integran la laguna legislativa mediante una

---

<sup>15</sup> Se ha hecho notar que el Tribunal Constitucional incurre en una contradicción al concluir que la situación de los menores en la Colonia “Niños de Dios” no conculca su derecho a la educación y, al mismo tiempo, instar a la Generalidad de Cataluña para que actúe legalmente con el fin de lograr su escolarización (Cfr. C. Cabo, *El homeschooling* en la jurisprudencia española, Capítulo II, Epígrafe 10, en *El homeschooling en España...* Ob.cit.).

<sup>16</sup> Voto particular del Magistrado *J.V. Gimeno Sendra* a la STC 260/1994 de 3 de Octubre.

<sup>17</sup> La novedad de este caso es que se utiliza la jurisdicción civil en lugar de la penal pues el Ministerio Fiscal presenta expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia para reclamar la escolarización de los menores.

decisión vulneradora del art. 27 CE, en lugar de realizar una interpretación abierta, acorde con la realidad socio-política del momento.

- 5.º El Ministerio Fiscal, reconociendo también la existencia de un vacío legal sobre esta forma de enseñanza, interesa la desestimación del amparo porque no se cumplen los requisitos para admitir la educación en casa: obedecer al pleno desarrollo de la personalidad y que esté asegurada la suficiencia de contenidos, lo que exigiría una homologación e inspección por parte de los poderes públicos de dicho sistema educativo.

El TC parte de la base de que el deber de escolarizar no viene impuesto directamente por la Constitución, pero eso no significa que haya una laguna legislativa o un vacío legal respecto al mismo. La escolarización obligatoria está prevista en el art. 9 de la LOCE, vigente en la fecha de emisión de las resoluciones judiciales recurridas; y en el art. 4.2 de la vigente Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación (LOE). En consecuencia, no escolarizar a los hijos supone el incumplimiento de un deber legal (FJ 4º).

Desde esta premisa, la tarea del Tribunal consiste en dilucidar si la imposición normativa del deber de escolarizar a los hijos es o no contraria a derechos fundamentales. Para ello, indaga sobre la posible inclusión de la facultad parental de elegir una educación ajena a la escolarización obligatoria en alguna de las libertades del art. 27 CE. Las conclusiones a las que llega se recogen en los Fundamentos 5º a 8º de la sentencia que se desgranarán a continuación.

- 1 *Educación en casa y libertad de enseñanza (FJ 5º)*. La educación al margen del sistema legal establecido no está amparada por la libertad de enseñanza del art. 27.1 CE porque este derecho puede satisfacerse sin tener que incumplir el deber de escolarizar a los hijos. El TC señala las dos vías de actuación por parte de los padres de su libertad de enseñanza:
- ejercer el derecho fuera del horario escolar y durante los fines de semana, transmitiendo a sus hijos las enseñanzas que estén acordes con sus convicciones. Sigue en este punto la postura mantenida por el TEDH en el sentido de que la escolarización obligatoria no priva a los padres de su derecho a ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores ni de guiarles hacia el camino que resulte más conforme con sus propias convicciones<sup>18</sup>.
  - utilizar el derecho contemplado en el art. 27.6 CE, la libertad de creación de centros docentes, a los que pueden dotar de un proyecto educativo coincidente con sus preferencias pedagógicas o de otra índole.
- 2 *Educación en casa y derecho de todos a la educación (FJ 5º)*. La posibilidad de los padres de elegir por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados tampoco está protegido por el derecho a la educación del art. 27.1 CE. Este derecho se satisface mediante el reconocimiento del derecho de los padres a elegir centro docente para sus hijos, y mediante su facultad de elegir para ellos la formación religiosa y moral acorde con las convicciones familiares (art. 27.3 CE).

<sup>18</sup> *Caso Konrad c. Alemania*, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, n.º 35504/2003.

El Tribunal insiste en la falta de cobertura de la elección del tipo de educación cuando los motivos son de **orden pedagógico** (los demandantes en amparo basaban su pretensión en razones asociadas al «fracaso escolar de la enseñanza oficial» imputadas a «la asistencia obligatoria a centros oficiales, públicos o privados»). El propio Tribunal salva los escollos que tiene su argumentación a la luz de algunos instrumentos internacionales, realizando una particular interpretación de dichos textos. Así, el derecho preferente de los padres a elegir tipo de educación para sus hijos, proclamado en el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, es, a juicio del TC, una fórmula genérica que debe interpretarse en conexión con el art. 26.1 de dicha Declaración cuando dispone que *la instrucción elemental será obligatoria*. En el art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas, éste último término debe entenderse referido a opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico porque la Carta se inspira en el art. 2 del Protocolo Adicional nº 1 al Convenio de Roma, que no menciona las convicciones pedagógicas, siendo precisamente dicho texto internacional el instrumento básico para realizar una interpretación genética de los derechos reconocidos en la Carta.

- 3 *Educación en casa y derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos (FJ 6º y 7º)*. Las convicciones pedagógicas no justifican la sustitución de la escolarización en centros homologados por la educación en casa pero ¿y el art. 27.3 de la CE? ¿Está protegida la educación en casa cuando la misma obedece a las convicciones religiosas o morales de los padres?

El derecho parental a elegir formación religiosa y moral para los hijos, no sólo está recogido en el art. 27.3 de la CE, sino que está reconocido por los textos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, que proclaman la libertad de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 2 del Protocolo Adicional nº 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos; art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)<sup>19</sup>.

El Tribunal Constitucional no descarta que la escolarización obligatoria pueda afectar al art. 27.3 CE, o, en otras palabras, no descarta que la educación en casa pueda apoyarse en el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, pero seguidamente indica que la escolarización obligatoria de los niños entre seis y dieciséis años es un límite establecido por el legislador que tiene justificación constitucional en el propio art. 27 CE y no genera una restricción desproporcionada al derecho de los padres.

La justificación constitucional de tal imposición normativa es doble:

- por una parte, el deber estatal de garantizar el derecho a la educación (art. 27.1) en su dimensión prestacional, educación que corresponde a todos y a la que deben tener acceso todos, incluidos los hijos de los recurrentes en amparo.

---

<sup>19</sup> Un completo estudio sobre este derecho de los padres puede verse en 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*, n.º 19, 2009, 59 pp.

- por otra, la necesidad por parte de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza, de dar cumplimiento al mandato del art. 27.2 que consagra como contenido del derecho a la educación el libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales.

*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 art. 27.3 CE, 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, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo (FJ 7º).*

El TC estudia, a continuación, si la posible restricción al derecho de los padres supera el principio de proporcionalidad, para lo cual utiliza el triple filtro que tiene dicho principio, ligando la imposición normativa de la escolarización con los objetivos de la educación proclamados en el art. 27.2 CE<sup>20</sup>. El mandato contenido en dicha norma y dirigido a los poderes públicos de garantizar el libre desarrollo de la personalidad del educando en el respeto a los derechos fundamentales y a los principios de convivencia democrática es, a juicio de algunos, el que debe restringir, y no a la inversa, el contenido de aquellas otras normas que facultan a los particulares a seleccionar la vigencia jurídica de fines sociales en la educación<sup>21</sup>.

- 4 *Educación en casa y objetivos de la educación (F.J. 8º).*— Para determinar la proporcionalidad de una medida restrictiva de derechos, el Tribunal constata si cumple tres condiciones (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4º):
- si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad);
  - si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);
  - y si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En la aplicación de este triple test a la prohibición de la enseñanza en casa, el alto Tribunal parte de un concepto de educación entendida, no como la mera transmisión de conocimientos, sino como un proceso que aspira a la formación integral de los educandos, garantizando el libre desarrollo de la personalidad, el fomento de la capacidad de

---

<sup>20</sup> Los fines de la educación tienen como función determinar en *qué* se ha de educar, *cómo* se ha de llevar a cabo y *quiénes* son los sujetos responsables de hacerlo y, si se considera que la misión de la educación es perpetuar una sociedad y los principios fundamentales que la sostienen, de estos principios habrá que deducir los fines educativos (L. Álvarez Álvarez, Fines educativos y sociedades paralelas en *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, de VVAA, Granada, 2012, p. 235).

<sup>21</sup> Cfr. L. Álvarez Álvarez, Fines educativos y sociedades paralelas, Ob cit., p. 240

los alumnos, pero también la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales.

A partir de aquí, realiza las siguientes consideraciones respecto a la proporcionalidad de la medida

- supera el juicio de necesidad, al no haber otra medida que lesione menos el derechos de los padres y sea igual de efectiva, porque los fines de la educación, plasmados en el art. 27.2 CE, se satisfacen de forma más eficaz mediante la escolarización obligatoria que mediante la enseñanza en casa, con independencia de que el nivel de conocimientos adquiridos en el propio domicilio fuera el mismo que en un centro homologado, y aunque la enseñanza en el propio hogar se sometiera a controles administrativos periódicos sobre los contenidos transmitidos y los resultados formativos del niño. Es verdad que en éste último caso se garantizan de forma más efectiva los derechos de los padres, pero se satisface de forma menos eficaz el mandato del art. 27.2 CE. La escolarización obligatoria contribuye a la integración y socialización de los menores al facilitar el contacto cotidiano con la pluralidad existente en la sociedad y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran. La valoración de sus ventajas respecto a otras formas de enseñanza forma parte del margen de apreciación del propio Estado a la hora de establecer el sistema educativo<sup>22</sup>. Con un sistema escolarizado se logra, tanto la adquisición de conocimientos, como la integración del menor de edad en la sociedad y, aunque no es el único modo de lograr esas finalidades, pues pueden adquirirse conocimientos y lograrse la socialización de otras formas, sin embargo es la manera más sencilla que tiene el Estado «de corroborar que se cumplan esos fines»<sup>23</sup>.
- supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto porque los derechos parentales en materia educativa no son ignorados ni desconocidos, ya que los padres pueden influir en la educación de sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, y, sobre todo, pueden encauzar su propia visión educativa a través de la facultad prevista en el art. 27.6 CE, es decir mediante la creación de centros de enseñanza en los que plasmar sus particulares criterios dentro del marco previsto por el Ordenamiento.

En consecuencia, la escolarización obligatoria por tiempo determinado y la consiguiente exclusión de la opción de los padres de enseñar a sus hijos en el propio hogar sin llevarlos a un centro homologado, es una medida proporcionada, que tiene su justificación en la necesidad de satisfacer otros bienes constitucionales pues la escolarización

---

<sup>22</sup> TEDH, *caso Konrad y otros c. Alemania*, de 11 de septiembre de 2006, Dec. Adm. 35504/03. En esta decisión, en la que se resuelve un caso de rechazo de unos padres a la escolarización obligatoria por razones religiosas, el Tribunal indica que el Estado puede adoptar diversas fórmulas para organizar el sistema educativo, permitiendo la convivencia de la educación en casa junto a la enseñanza obligatoria en escuelas públicas o privadas, pero se trata de un tema que entra dentro del margen de apreciación de cada Estado. Sobre la misma, vid. L. Martín-Retortillo Baquer (2007), *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 54-56.

<sup>23</sup> Cfr. J. M.<sup>a</sup> Soberanes & L.A. Trejo, 2011, Educación escolarizada vs. educación en casa. Reflexiones sobre la sentencia *homeschooling* del Tribunal Constitucional Español, en *Cuestiones Constitucionales* n.º 25, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 365.

obligatoria es más eficaz para lograr el cumplimiento de los complejos fines que la Constitución atribuye a la educación en el art. 27.2, lo que justifica la posible restricción de los derechos de los padres (art. 27.1 y 3 CE).

- 5 *Conclusiones (FJ 8º y 9º)*. En base a todo lo expuesto, el TC acaba afirmando que la escolarización obligatoria prevista hoy en el art. 4.2 de la LOE es constitucionalmente inobjetable, por lo que el recurso de amparo debe ser desestimado. Ahora bien, el TC deja la puerta abierta a la posible admisión y regulación del *homeschooling* o educación en casa porque concluye:
- que el art. 27 CE no impone la escolarización obligatoria, que es sólo una de las posibles formas de configurar el sistema educativo, elegida por el legislador en base al margen de libre apreciación que le corresponde en virtud del pluralismo político.
  - que son posibles otras opciones legislativas que flexibilicen el sistema, siempre que permitan mantener el cumplimiento de los objetivos de la educación.
  - que la concreción de la regulación alternativa al régimen de la enseñanza básica y su conformidad con la Constitución corresponde al legislador ordinario porque el TC no debe erigirse en legislador positivo.

#### 4. REFLEXIÓN CRÍTICA

La sentencia del TC deja entrever las tensiones que genera la doble configuración de la educación como derecho subjetivo y como deber público, como derecho fundamental y como obligación estatal de contenido prestacional. La concepción de la educación como libertad pública y, a la vez, deber del Estado, es el telón de fondo de la resolución del TC 133/2010 y, al final, la balanza se inclina a favor del Estado. Primero porque al reforzar la escolarización, se refuerza el papel del Estado en materia educativa y se rompe el espíritu de subsidiariedad que debe revestir cualquier actuación de los poderes públicos, especialmente en un ámbito en el que la iniciativa debe corresponder primordialmente al discente y sus padres<sup>24</sup>. En segundo lugar, porque, en línea de principios, la escolarización obligatoria es merecedora de unas bondades que, a priori, no parece merecer la educación en casa, y todo ello sin mediar comprobación empírica. En este sentido, se ha dicho que *el TC 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*<sup>25</sup>. En lugar de analizar rigurosamente la indispensabilidad de la escolarización obligatoria, realiza un juicio de valor sobre la educación en casa, sospechando que es deficitaria en cuanto a la inculcación de principios democráticos de convivencia y de derechos y libertades fundamentales, con lo que prejuzga todo el sistema del *homeschooling* sin realizar un pormenorizado análisis casuístico de la realidad de la situación educativa del

<sup>24</sup> Cfr. J. M.ª Martí Sánchez, El «homeschooling» en el Derecho Español, Ob. cit., pp.15 y 31.

<sup>25</sup> M.ª J. Valero Estarellas, *Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, Ob. cit., p. 28.

menor no escolarizado. Críticos con la resolución se muestran también otros autores que ponen el énfasis en las afirmaciones «gratuitas y sin contrastar» que realiza el TC cuando atribuye a la escolarización mayor eficacia en la formación integral y cívica de la persona<sup>26</sup>.

Dicho esto, hay algunas cuestiones que se desprenden de la sentencia y que resultan poco menos que sorprendentes:

En primer lugar, llama la atención que el Tribunal Constitucional no considere afectados por la prohibición del *homeschooling* los derechos educativos de los padres, pero aplique el test de la proporcionalidad, que se utiliza sólo cuando se trata de analizar la racionalidad y razonabilidad de medidas limitadoras de derechos fundamentales. Da la impresión de que el Tribunal no quiere acabar dando vía libre al *homeschooling* y tiene sus dudas respecto a su posible cobertura por el art. 27.3 CE pero, por si acaso, para curarse en salud, comprueba si la prohibición de la enseñanza en casa supera el juicio de proporcionalidad al que se somete cualquier medida que limita derechos fundamentales. Corroborra esta impresión la recomendación dirigida al legislador en el sentido de flexibilizar el sistema procurando su compatibilidad con el 27.2.

En segundo lugar, sorprende el tratamiento que dispensa a los motivos pedagógicos, que no se consideran amparados por las convicciones del art. 27.3 CE, aunque sean objeto de mención expresa en el art. 14 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

En tercer lugar, sorprende aún más la argumentación que emplea para justificar la inexistencia de cobertura de estos motivos: su falta de mención en el art. 2 del Protocolo Adicional nº 1 al Convenio de Roma, texto que ha inspirado y sirve para interpretar la Carta en este punto. Como se ha dicho certeramente, se trata de una argumentación restrictiva y débil porque si se hubiese querido que el contenido de los derechos parentales del art. 14 de la Carta fuesen totalmente coincidentes con el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, no se hubiera hecho referencia a las convicciones pedagógicas. Muy al contrario, si éstas aparecen mencionadas de forma expresa en la Carta, será porque, intencionadamente, se ha querido reconocerlas entidad<sup>27</sup>.

Por último, resultan llamativas las razones que aduce el Tribunal para «relativizar» la posible afectación de los derechos de los padres por la escolarización obligatoria durante la enseñanza básica: no parece lógico que el Tribunal pretenda que los padres pongan en marcha sus particulares orientaciones educativas después de seis u ocho horas diarias de escolarización obligatoria porque eso sí acabaría con la resistencia física y emocional de cualquier discente. Y por otra parte, salvo que los *homeschoolers* de una zona concreta se organizaran y unieran para impulsar la creación de escuelas-hogares, no parece realista decirles a unos padres que quieran utilizar la enseñanza en casa que la forma de hacerlo es fundar un colegio ¿sólo para su hijo?

En definitiva, el Tribunal Constitucional opta por una interpretación restrictiva de los derechos de los padres, que quedan reducidos a elegir formación religiosa y moral dentro de la escuela y a elegir centro docente de entre los ya creados. La educación en casa como opción parental cuando el legislador no la ha previsto, sólo puede actuarse a

---

<sup>26</sup> Vid. J. M.<sup>a</sup> Martí Sánchez, El «*homeschooling*» en el Derecho Español, Ob cit., pp. 34-35.

<sup>27</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> J. Valero Estarellas, *Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, Ob. cit., p. 27.

través de la libertad de creación de centros docentes y ello en base a un concepto restringido de socialización que se liga de forma indisoluble y exclusiva a la escuela.

Es verdad que la sentencia acaba dejando una vía de escape al concluir que la escolarización obligatoria no viene impuesta por la Constitución, sino que es una opción legislativa legítima, no excluyente de otras que sean compatibles con los fines de la educación. Pues bien, a partir de aquí, parece sensato hacer un llamamiento al Ministerio de Educación para que se tome la cuestión en serio e inicie un proceso de reflexión y diálogo con las asociaciones afectadas que bien podría terminar en medidas legislativas que permitieran conjugar los objetivos esenciales de la educación y los legítimos intereses de las familias<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Vid. R. Navarro Valls, «La educación en casa o cuando el Estado invade la vida privada de sus ciudadanos», *El confidencial.com.*, 23/12/2010. Puede verse en *Diario del Derecho de Iustel*, 24/12/ 2010, RI §1046551.

# ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 133/2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SOBRE EDUCACIÓN EN FAMILIA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN

*José M.<sup>a</sup> Martí Sánchez*  
Universidad de Castilla-La Mancha

## 1. EL INTERÉS DE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA (*HOMESCHOOLING*)

Nos ocupamos de la educación en familia porque puede aportar mucho a la solución de los dos grandes problemas que afectan hoy a la educación. El primer problema es la solvencia del mismo proceso formativo, aquejado de la apatía y desorientación de la generación adulta. Este fenómeno ha puesto en peligro la calidad de lo que se enseña. El segundo problema es de fundamentación. Hoy, a causa de la tutela oficialista, se ha diluido la razón de ser de la educación que es el desarrollo del niño. En el trasfondo de la crisis de identidad de la educación se percibe una falta de libertad.

Las corrientes político-ideológicas, desde la Ilustración, han rodeado a la educación de una aureola de *mesianismo*. Nuestro legislador, en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, lo ha expresado así:

«Los sistemas educativos desempeñan funciones esenciales para la vida de los individuos y de las sociedades. Las posibilidades de desarrollo armónico de unos y de otras se asientan en la educación que aquellos proporcionan [...]. Por todo ello, a lo largo de la historia, las distintas sociedades se han preocupado por su actividad educativa, sabedoras de que en ella estaban prefigurando su futuro» (Preámbulo).

Esto resulta una ingenuidad. Derrick explica por qué:

«Seguimos pretendiendo, esperando que el puro proceso educativo en sí —cualquiera que sea su contenido, o su carencia última de contenido— compensará de algún modo nuestra deficiencia y pobreza. No es así. Nadie puede dar lo que no tiene y, en general, la vieja generación actual no puede dar aquello que la nueva está buscando. Y tampoco el gran dios Educación tiene un poder mágico que remedie la situación»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> C. Derrick. Huid del excepticismo. Una educación liberal como si la verdad contara para algo. Madrid, 2011, p. 224; además, cfr. p. 34.

Una educación eficaz tiene que transmitir vida (cultura y virtudes): «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» (sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 1º.7). Por eso volvemos la mirada hacia la familia. Nadie tan comprometido como ella, en el crecimiento de sus hijos, y, al tiempo, capaz de modularlo, según un criterio personalizado. Los expertos reconocen que, si la familia funciona, es quien mejor puede inculcar virtudes a los niños<sup>2</sup>.

La familia es un punto de conexión entre la cuestión de la calidad, qué enseñamos, y de la libertad, respetar la idiosincrasia del niño, consustancial al proceso formativo. La pugna que se ha planteado, en términos jurídicos, entre calidad y libertad ha venido inducida por los poderes públicos. Estos han recurrido a la enseñanza, para sus fines propios de consolidación<sup>3</sup>, comprometiendo la autonomía familiar y los resultados del proceso. La familia defiende su misión educativa. Así lo admite la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26.3). La Ley Orgánica 8/1985, reguladora del derecho a la educación, reformada por las Leyes Orgánicas 10/2002, de Calidad de la Educación y 2/2006 de Educación, recoge la prioridad de los padres, «primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos» (art. 4.2).

La subsidiariedad es el criterio ordenador de la función tuitiva paterna y la potestad pública. Según *La Carta a las Familias* (1994):

«la familia es una realidad social que no dispone de todos los medios necesarios para realizar sus propios fines, incluso en el campo de la instrucción y de la educación. El Estado está llamado entonces a intervenir en virtud del mencionado principio: allí donde la familia es autosuficiente, hay que dejarla actuar autónomamente; una excesiva intervención del Estado resultaría perjudicial, además de irrespetuosa, y constituiría una violación patente de los derechos de la familia; sólo allí donde la familia no es autosuficiente, el Estado tiene la facultad y el deber de intervenir» (nº 17).

A ello apunta también la Convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General, resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989), en su artículo 18:

1. [...] Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Ahora bien, cuando la familia reivindica con más vigor su protagonismo educativo es en la hipótesis en que ella misma la organiza y dirige desde el hogar. Es una apuesta

<sup>2</sup> Los valores los inculcan los padres, no la escuela. En ABC.es, 14 diciembre 2012.

<sup>3</sup> Cfr. Ch. Glenn. El mito de la escuela pública. Madrid, 2006, pp. 126-140.

sobre todo por el papel de la madre. En consecuencia, el *homeschooling* es lo que pone a prueba, de modo más radical, la libertad de enseñanza. González Vila así lo afirma:

«para determinar si alguien de verdad conoce, reconoce y defiende, en todo su alcance, o no, ese derecho preferente de los padres ningún procedimiento más seguro que el de comprobar si defienden o no el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la educación básica sistemática íntegramente «en familia» o «en casa», sin escolarizarlos (*homeschooling*)»<sup>4</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre, fue la primera en estudiar la reclamación de unos padres a los que se impuso la escolarización obligatoria de sus hijos, a pesar de sus éxitos formativos<sup>5</sup>. Reflexionar sobre ella se justifica cuando se busca una educación consistente y en libertad. Esto es, por el bien del niño.

En segundo plano queda la trascendencia social de la educación en el hogar, que, en España, se imparte por cerca de 2.000 familias<sup>6</sup>. Hay que advertir que estas son frecuentemente numerosas, pero que no siguen el mismo método educativo para todos sus hijos. Para nuestro propósito, repasaremos las fuentes internacionales manejadas en aquel pronunciamiento. El análisis del corpus documental que subyace a un discurso es un método fecundo, como ha demostrado la doctrina<sup>7</sup>, para conocer mejor su exacto significado o, en nuestro caso, enjuiciar las conclusiones alcanzadas por el órgano jurisdiccional.

## 2. LA RELEVANCIA DE LAS FUENTES INTERNACIONALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y SU VALOR INTERPRETATIVO

Una primera referencia es la que procede hacer al *artículo 96* de la Constitución:

«1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, *formarán parte del ordenamiento interno*»<sup>8</sup>. (Subrayado nuestro).

---

<sup>4</sup> T. González Vila. Educación obligatoria y escolarización voluntaria (1 de 3). En *Análisis Digital*, 30 junio 2011.

<sup>5</sup> Fundamentos de hecho: «Los recurrentes presentaron la siguientes alegaciones: 1) sus hijos reciben educación en su propio domicilio: hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa; 2) la educación que reciben es más adecuada que la que se imparte en los centros públicos o privados en un aula de 30 ó 40 alumnos; 3) no se está causando a los menores ningún perjuicio, pues reciben educación y no se han detectado por los profesionales de los servicios sociales problemas sociofamiliares; 4) lo que el Ministerio Fiscal plantea subrepticamente no es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad recogidas en el art. 154 CC, sino la escolarización obligatoria» (2.a).

<sup>6</sup> Dato facilitado por el ex Defensor del Menor, Arturo Canalda, durante el tercer *Congreso Nacional sobre Educación en Familia* (Madrid, 29-30 noviembre 2012). Cfr. El Mundo.es, 29 noviembre 2012.

<sup>7</sup> Cfr. I.C. Ibán. En los orígenes del Derecho Eclesiástico. La prolusión panormitana de Francesco Scaduto. Madrid, 2004, *passim*.

<sup>8</sup> Artículo 1 del Código Civil: «5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*».

Los textos antes citados, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y sus protocolos, han sido ratificados y publicado oficialmente en España. Su vigencia, con plena aplicación en nuestro Derecho, no ofrece ninguna duda. Sin embargo, como luego veremos, Ibán opina que su aportación real es poca. Se diría que todo lo que contienen los instrumentos internacionales ya lo incorporó preventivamente la Constitución.

Sin embargo, las fuentes supranacionales y la doctrina del Tribunal Europeo, tienen *otra vía de penetración* menos clara, pero también efectiva (probablemente concurrente con la anterior). Nos referimos a su condición de criterio hermenéutico de los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 de la Constitución). Vamos a explicar brevemente cómo aquí la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha fundamentado algunas sentencias del Tribunal Constitucional, para luego analizar la incidencia que tiene sobre la n<sup>o</sup> 133/2010. La jurisprudencia de Estrasburgo no ha sido secundaria, ha inspirado soluciones o argumentos, luego respaldados por el Derecho español.

El artículo 10.2 de la Constitución dispone:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Hay que recordar que el artículo se introdujo en el Senado, en la Comisión Constitucional, a instancias de los grupos parlamentarios de Unión de Centro Democrático y de Socialistas y Progresistas Independientes. Con ello trataron de perfilar los derechos reconocidos en el artículo 27 de la Constitución, concretamente el de creación de centros docentes, por los particulares<sup>9</sup>. Se buscó esta vía indirecta, ante la oposición del Grupo Socialista de incluir, en la redacción del artículo, una referencia explícita a la dirección y al derecho de los padres a elegir el tipo de educación y centro docente<sup>10</sup>.

Según la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre:

«el art. 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8), que pone de manifiesto la *decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales* a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Por tanto, en la medida en que el art. 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del título I de la Constitución española, su lesión, en caso de darse, nunca sería autónoma, sino que dependería de la verificación de la lesión de uno de los derechos contenidos en ese título I, agravada por el hecho de que tal vulnera-

<sup>9</sup> Cfr. A. Fernández-Miranda y Campoamor. De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Madrid, 1988, pp. 24-25, y R.M.<sup>a</sup> Satorras Fioretti. La libertad de enseñanza en la Constitución española. Madrid, 1998, pp. 115 y 154.

<sup>10</sup> F.J. Díaz Revorio. El derecho a la educación. En *Anuario Parlamento y Constitución*, número 2, 1998, p. 271.

ción pondría de manifiesto la falta de respeto al único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución» (FJ 2b) (subrayado nuestro).

Hoy, el valor interpretativo se le reconoce no sólo a los textos de Derecho internacional, sino también a la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Con independencia de su propia eficacia vinculante<sup>11</sup>, en el Derecho español, la Ley Orgánica 1/2008<sup>12</sup>, de 30 de julio dispone que:

«A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales...» (art. 2).

La sentencia 141/2012, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional, subraya, con una larga cita, la virtualidad, en el Ordenamiento español, de la remisión que hace la Constitución a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales sobre la materia:

«las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales [...] en la medida que “pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales” (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), puedan constituir «valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce» (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3;y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6; y en sentido similar, STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), convirtiéndose así en “una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional” [SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5], quien precisará su concreto contenido, entonces, “a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas” (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6) (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; también, STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)» (FJ 3°).

El artículo 10 exige interpretar, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, «de conformidad» con el conjunto de las

---

<sup>11</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En virtud del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, del Tratado de la Unión Europea, la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Sobre su aplicación hay que tener en cuenta el artículo 52 de la Carta. Concretamente, el párr. 4.º dispone: «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones». También hay que considerar la I Declaración, aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el tratado de Lisboa (13 diciembre 2007), relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>12</sup> Por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

declaraciones y tratados mencionados. Ello no implica la identidad plena entre el ámbito de protección del instrumento internacional o la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y el de la Constitución. Esta puede rebasar el nivel de protección de los textos multilaterales<sup>13</sup>. Además, no se permite incorporar al Ordenamiento, a través de los instrumentos internacionales o la Carta de Derechos Fundamentales, límites no contemplados en el texto constitucional<sup>14</sup>.

En cambio, estas fuentes sí deberían evitar, en su espíritu garantista, la creación de restricciones que, no viniendo imperadas expresamente, se atribuyen a ciertas normas. Es el reproche que hacemos a las numerosas sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), como, verbigracia, la de 22 enero 2013, FJ 3<sup>15</sup>, en su interpretación del artículo 84 de la Ley Orgánica de Educación<sup>16</sup>, en relación con la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960<sup>17</sup>. Las resoluciones se inclinan por una restricción de la libertad de enseñanza real (art. 27.1 y 6 de la Constitución).

En cuanto a la eficacia de la remisión a textos y sistemas de supervisión externa, se constata que: «en el campo de protección internacional de los derechos humanos, los países más dispuestos a someterse a eventuales órganos supranacionales de control son precisamente aquellos en los que las garantías previstas por sus ordenamientos internos son más eficaces. De otro modo dicho: esas declaraciones pueden ser aplicadas a aquellos países en los que no es necesario que se apliquen»<sup>18</sup>.

Sin embargo, hay que matizar el escepticismo, sobre el precepto citado y el artículo 96 de la Constitución (vigor de los tratados internacionales). El recurso a instrumentos supranacionales, con mecanismos de control, sí aporta una garantía procesal reforzada. Un ejemplo reciente es la sentencia *Eweida and others c. Reino Unido* de 15 enero 2013<sup>19</sup>. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud del amplio

<sup>13</sup> Cfr. I. Martín Sánchez. La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza. Granada, 2002, pp. 85-86.

<sup>14</sup> Cfr. *ibídem*, p. 87.

<sup>15</sup> «En sentencia 24 de febrero de 2.010 (RJ 2010, 4077), recurso de casación núm. 2.223/2.008 mantuvimos «que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la UNESCO aprobada el 14 de diciembre de 1.960) puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002(...)». Para seguidamente añadir que: «hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 que regula el proceso de admisión de alumnos, el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación». Además, cfr. Tribunal Superior de Justicia de Galicia, sentencia n.º 213/2013 de 13 marzo JUR 2013\135292, FJ 5.º.

<sup>16</sup> Capítulo III. Escolarización en centros públicos y privados concertados. Artículo 84. Admisión de alumnos. «3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

<sup>17</sup> Artículo 2. «En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes».

<sup>18</sup> I.C. Ibán, Fuentes. En *Manual de Derecho Eclesiástico*, de VV. AA., Madrid, 2004, pp. 108-109.

<sup>19</sup> §56. However, the Court does not find it established that the applicant had available an effective domestic remedy in respect of her principal complaint under Article 9, that the requirement to remove or cover

espectro de las demandas que se le someten, condiciona, con sus fallos, el posicionamiento de la jurisprudencia nacional, frente a problemas nuevos. A ello prestaremos una breve atención más tarde. Consideración que no descarta una eficacia retroactiva, de depuración legislativa o de las prácticas del poder público ya instauradas.

«Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son obligatorias [aun no teniendo carácter ejecutivo en nuestro Derecho] y por ello pueden comportar, *a posteriori* de las mismas, reformas en la legislación y cambios en la jurisprudencia de los tribunales o en la actuación administrativa de los Estados partes»<sup>20</sup>.

Tenemos un ejemplo, con la denominada doctrina Parot —que diferencia entre la pena y la ejecución de las condenas—. Su exclusión del régimen del Convenio europeo, por sentencia de 21 de octubre de 2013 de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha arrastrado a un cambio en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Constitucional. Pues el artículo 32 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>21</sup>, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución, otorga al Tribunal de Estrasburgo «un valor interpretativo directo de la Constitución en materia de derechos fundamentales»<sup>22</sup>.

La capacidad innovadora es más llamativa en la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, ante recurso de inconstitucionalidad en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La sentencia justifica una «interpretación evolutiva» del artículo 32 de la Constitución<sup>23</sup>:

«Por lo que hace a nuestro sistema constitucional, el camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el art. 10.2 CE. La referencia a ese precepto, también invocado por los recurrentes, nos exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en el título I de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, *interpretación que de ninguna manera puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales* (STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5, y en la misma línea, entre otras muchas, SSTC 50/1989, de 21 de febrero, 64/1991, de 22 de marzo, y 38/2011, de 28 de marzo). A lo anterior se une la constatación de que esos tratados *se van incorporando paulatina y constantemente* a nuestro ordenamiento, a medida que, acor-

---

her cross amounted to a disproportionate interference with her right to manifest her religious belief. The Court of Appeal in Eweida was clear that Article 9 was inapplicable since the restriction on wearing a cross visibly at work did not constitute an interference with the manifestation of religious belief. The Court does not find it established that, had the second applicant also sought to appeal to the Employment Appeal Tribunal and the Court of Appeal, her case would have been decided differently on this point.

<sup>20</sup> I. Martín Sánchez, Prólogo. En M. González Sánchez. La incidencia de los Acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales en la jurisprudencia de Derecho eclesiástico del Tribunal Constitucional. Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 11-14 y p. 13.

<sup>21</sup> «1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47».

<sup>22</sup> I. Martín Sánchez. La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia..., p. 90.

<sup>23</sup> Parr. 1.º: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica».

dados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual *la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva*, que nos permitirá explicar el art. 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005.» (FJ 9º) (subrayado nuestro).

Es decir, la referencia del artículo 10.2 de la Constitución dota al sistema de una flexibilidad, en función de nuevos criterios interpretativos.

Tanto en el terreno de la enseñanza, como, en general, en el de la libertad religiosa hay que resaltar el interés creciente de la jurisprudencia del TEDH y de la Comisión, operativa hasta noviembre de 1998. Martín-Retortillo Baquer ha seleccionado 7 y 35 resoluciones, respectivamente, conectadas con ambas cuestiones, en sendos trabajos de 2007 y 2010. En este rico caudal, está el origen de buena parte de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010.

### 3. REFERENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010 A DOCUMENTOS INTERNACIONALES Y A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del TEDH ha pesado fuertemente en la sentencia del alto Tribunal. No sólo ha sido un refuerzo a su doctrina, sino que la *ha fundamentado*. También los instrumentos internacionales, sobre derechos humanos, han sido tenidos en cuenta. La otra influencia perceptible en el fallo es la del voto particular de Gimeno Sendra a la sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de octubre.

La sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010 menciona al TEDH por tres veces. Existen dos referencias a la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca de 7 de diciembre de 1976 (sobre educación sexual) y al caso Konrad c. Alemania, decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, nº 35504-2003 (sobre educación en familia), y una a la sentencia Efstratiou c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996 (sobre exención escolar de conmemoraciones de la fiesta nacional y de desfiles públicos) (cfr. FJ 5º c, y 8º b y c). El alto Tribunal español toma de ahí gran parte de su argumentación limitativa del derecho educativo de los padres. Aplicación que, antes lo adelantábamos, no se desprende del valor interpretativo de la Convención, en el Derecho español.

Asimismo, en la sentencia 133/2010 (FJ 5º), existen referencias a:

- Artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reconoce el «derecho preferente» de los padres a «escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», pero lo considera independiente de lo prescrito en el artículo 27.3 de la Constitución. Este detalle ha sorprendido a la doctrina:

«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 expresa-

mente mencionado en nuestro texto constitucional, no fue ignorado por el constituyente español»<sup>24</sup>.

- Artículo 18.4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, que reconoce «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», y artículo 13.3 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que reconoce el derecho de los padres o tutores a «escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas... y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». A ambos les aplica lo decidido en el FJ 4º, según el cual, el artículo 27.3 de la Constitución, «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 asociadas al «fracaso escolar de la "enseñanza oficial" e imputadas a la "asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados"».

La estrategia defensiva de la demanda ha primado la «objetividad» de la opción pedagógica empleada, en la educación de los hijos, pero de hecho ha debilitado su postura. Recordemos lo que entra dentro del artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

«The manifestation of religious belief may take the form of worship, teaching, practice and observance. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions» (sentencia *Eweida and others c. Reino Unido*, 15 enero 2013, § 80). «In order to count as a «manifestation» within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief [...] the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question» (*ibidem*, § 82).

- Artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se cita, reproduciendo un pasaje de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, a los efectos de justificar la proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador ordinario, con la imposición de la escolaridad obligatoria de 6 a 16 años. Dice la Ley Orgánica 2/2006: «La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad» (art. 4.2). El alto Tribunal explica que:

«debemos excluir que la restricción de este último derecho [el de los padres a orientar la educación de sus hijos] resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE)».

<sup>24</sup> M.ªJ. Valero Estarellas. *Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del Derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDyDEE), 28, enero de 2012, p. 26.

Los cuales deberían garantizar en todo caso los requisitos fijados en la Constitución, «y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ8) (FJ 8º).

Sobre la última pretensión, hay que recordar que una interpretación expansiva de las «normas mínimas que el Estado prescriba» restringe o suprime, en alto grado, el citado derecho de creación y dirección de colegios de iniciativa social. Así lo ha declarado, en términos generales, Glenn:

«The words left out of the quotation above, «which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State,» leave the door open for governments to impose requirements upon non-government schools which would make it impossible for them to maintain the distinctive character sought by parents»<sup>25</sup>.

Pero la principal matización que ha de hacerse, versa sobre la idea inicial de reconducir el derecho de los padres a fijar los criterios de la formación moral y religiosa de sus hijos, hacia la creación de centros docentes. No existe, entre ambas facultades, una relación instrumental, sino más bien un nexo que no compromete su autonomía. En esto fue concluyente la citada sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, FJ 1º.<sup>26</sup>

- Artículo 2 del Protocolo Adicional I al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». La sentencia reduce su alcance al que le otorga la citada sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, esto es, a la proscripción del adoctrinamiento. Pero la doctrina del tribunal de Estrasburgo es más matizada. De entrada, es exigente con la postura de los padres, en cuanto a su importancia (subjetiva y objetiva), de cara a reservarle una trascendencia jurídica:

«cuando el Tribunal de Estrasburgo 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,

<sup>25</sup> Ch. Glenn. A history lesson on educational freedom. En <http://www.redefinedonline.org/2012/09/a-history-lesson-on-educational-freedom/> (consultado, 2/10/2013).

<sup>26</sup> «El derecho a establecer un ideario propio como faceta del derecho a crear centros docentes, tiene los límites necesarios de este derecho de libertad. No son límites que deriven de su carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, pues no hay esta relación de instrumentalidad necesaria, aunque sí una indudable interacción. El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral».

coherencia e importancia, es decir, aquellas que entroncan directamente con la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 CEDH»<sup>27</sup>.

La convicción, sea del tipo que sea, así depurada, debería recibir el mayor reconocimiento. Además, el empleo que el Tribunal Constitucional hace del precepto —art. 2 del Protocolo I— desconoce su propósito. A él se refirió el Juez Terje Wold, en su voto particular a la sentencia sobre el «caso relativo al régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica», 23 julio 1968: «Los trabajos preparatorios muestran también claramente que no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Por el contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado».

- Artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». Sin que de aquí se extraiga, a pesar de la referencia a las «convicciones pedagógicas», ninguna consecuencia favorable a las tesis de los padres de decidir el modelo educativo de sus hijos. Pues, a juicio del tribunal, «esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico» (FJ 5º d). Martín-Retortillo Baquer, era de otra opinión y veía una notable amplitud en el texto que no sólo garantiza la «educación religiosa y moral», «sino que con fórmula de mayor alcance, lo que se pretende es que la educación y la enseñanza, *en general*, sean conformes a las convicciones de los padres»<sup>28</sup>. A ello se añade la novedad destacable de dar también cabida a las convicciones «pedagógicas». «Estas podrían estar implícitas en las convicciones religiosas o filosóficas, pero cabría también que operen de manera separada»<sup>29</sup>. Interpretación que parece más conforme con el espíritu que refleja el mismo Derecho de la Unión Europea. Dice la Carta de Derechos Fundamentales que: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» (art. 52.3).

Que la previsión de la Carta sea más garantista no impone, por sí sola, su automática aplicación en el Derecho español<sup>30</sup>, pero sí que, como instrumento interpretativo, presiona en la dirección extensiva.

<sup>27</sup> M.ªJ. Valero Estarellas. *Homeschooling en España...*, p. 27.

<sup>28</sup> «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). En *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXIV, 2008, p. 238.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>30</sup> «Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas.

## 4. EL TEDH Y LA EDUCACIÓN EN FAMILIA

### 4.1. Doctrina general

Por la influencia observada, conviene comentar las resoluciones que, sobre la educación en familia, han dictado el TEDH y la Comisión. En cómo la abordan, vemos asomar algún prejuicio contra la autonomía de los padres y, en definitiva, la libertad de enseñanza. Trataremos de fijar la postura de la Comisión y del Tribunal Europeo, a partir de los distintos supuestos de educación en familia de que han conocido.

La sentencia del Tribunal de 5 de junio de 2008, asunto *Sampanis y otros c. Grecia*, nos resume el estado de la cuestión. Los principios generales de la «*Appréciation de la Cour*» destacan el protagonismo de los poderes públicos. Se parte del artículo 2 del Protocolo I al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, 20 de marzo de 1952): «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»; para recordar que el precepto: «*implique pour l'État le droit d'instaurer une scolarisation obligatoire, qu'elle ait lieu dans les écoles publiques ou au travers de leçons particulières de qualité, et que la vérification et l'application des normes éducatives fait partie intégrante de ce droit*» (*Famille H. c. Royaume-Uni*, n.º 10233 y 83, *décision de la Commission du 6 mars 1984, Décisions et rapports (DR) 37*, p. 109).

En otro pronunciamiento, el Tribunal ha subrayado «*l'importance de la scolarisation des enfants dans des écoles primaires, non seulement pour l'acquisition des connaissances mais aussi pour l'intégration des enfants dans la société. La Cour a par ailleurs admis l'utilité du système de scolarisation obligatoire pour éviter l'émergence au sein d'une société de deux entités aux convictions philosophiques différentes*» (*Konrad et autres c. Allemagne (déc.)*, n.º 35504 y 030, 11 septembre 2006).

En consecuencia, se sostiene la importancia singular, cuando existe un sistema de escolarización obligatoria, de inscribir a los niños en edad escolar en los centros homologados, «*importance encore accrue lorsque les enfants appartiennent à des minorités*».

### 4.2. Los pronunciamientos sobre la educación en familia en la Comisión y el TEDH

Vamos a detallar la doctrina del TEDH, ilustrándola con la secuencia de los pronunciamientos concretos que la han configurado.

El de más enjundia es el asunto *Fritz Konrad y otros c. Alemania* de 11 de septiembre de 2006<sup>31</sup>. En la fundamentación jurídica, analiza el derecho de los padres a que, a la hora de educar a sus hijos, se respeten los criterios religiosos y filosóficos por ellos

---

Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos» (art. 52.5).

<sup>31</sup> Cfr. L. Martín-Retortillo Baquer. «Los padres tendrán derecho preferente...», pp. 283-287. En general, cfr. C. Cabo González. Tesis doctoral: *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Universidad de Oviedo, 2011. <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/indice.htm> (consultado, 12/10/2012), capítulo 11.

compartidos. La cláusula busca *salvaguardar el pluralismo* esencial en una sociedad democrática. Esto se debe realizar a través de la función que, en la enseñanza, compete al Estado. El derecho de los padres está supeditado al derecho del menor a la educación.

Al describir la función del poder público, se omite mencionar el requisito de que la instrucción ha de ser de calidad. En cambio, *el Comité de derechos humanos*, al interpretar el artículo 13 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (Observación General n.º 13), sí establece que la tercera característica de la enseñanza ofrecida será la *aceptabilidad*.

«La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13)» (n.º 6, sobre el párrafo 2 del artículo 13. El derecho a recibir educación, Observaciones generales). Además, cfr. n.º 8, 11, 17 y 21.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas hace una tímida referencia a la calidad, en la Observación General n.º 1 (2001) al párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación, cuyo párr. 9 afirma:

«si en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación... Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño»<sup>32</sup>.

Volviendo a la sentencia Fritz Konrad y otros c. Alemania, los padres han actuado en atención al interés de su hijo, sin una pretensión de instrumentalizarlo, y el niño está de acuerdo con el *homeschooling*. Sin embargo, el tribunal afirma que los padres no pueden comprender las consecuencias de la educación en familia. Su postura es la de reconocer un amplio margen al Estado en la regulación de la enseñanza, según se desprende del artículo 2 del Protocolo I, lo que comprende la escolaridad obligatoria. Esta puede cumplirse en

---

<sup>32</sup> En el párr. 22 añade: «Todo niño tiene derecho a una educación de buena calidad, lo que a su vez exige concentrar la atención en la calidad del entorno docente, de los materiales y procesos pedagógicos, y de los resultados de la enseñanza». En la Observación General n.º 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el párr. 17 dice: «Habida cuenta de la importancia de una educación adecuada en la salud y el desarrollo actual y futuro de los adolescentes, así como en la de sus hijos, el Comité insta a los Estados Partes de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención a: a) garantizar una enseñanza primaria de calidad que sea obligatoria y gratuita para todos». En los párrs. 19 y el 43 de la Observación General n.º 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, se insiste que ello es predicable también a la enseñanza que reciban los niños y adolescentes impedidos. En la Observación General n.º 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, el párr. 12 se preocupa de que no haya discriminación en el acceso a servicios de calidad de estos menores. Existen otras referencias. Destaca el epígrafe «Educación de calidad» (pp. 62 y ss.) de la Observación General n.º 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad. Algo parecido dice la Observación General n.º 11, sobre los niños indígenas.

Otras agencias de Naciones Unidas (UNESCO y UNICEF) vienen ocupándose de la educación de calidad, cfr. Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos, 2008.

escuelas estatales o a través de tutorización privada (con un nivel adecuado). En este punto, el Tribunal constata que no existe todavía consenso entre los Estados Partes.

La autoridad alemana, tras un serio razonamiento, niega la posibilidad del *homeschooling*. Discute su idoneidad no sólo en relación al nivel de conocimientos adquiridos, sino también porque entiende importante la experiencia escolar en Primaria, en orden a la integración social. No puede descuidarse la preocupación del Tribunal Constitucional Federal de evitar que surjan ghettos (grupos marginales), dentro de Alemania. Según la sentencia, la escolarización no interfiere de modo injustificado, para una sociedad democrática, en la intimidad o libertad religiosa o de conciencia. Además, el Estado alemán reconoce a los padres el ejercicio del derecho natural a la educación de sus hijos, fuera del horario escolar.

La Comisión decidió sobre el asunto Renata Leuffen c. Alemania (9 junio 1992). Sus fundamentos jurídicos justifican la imposición escolar (en centros públicos o privados, con suficiente nivel). «In the Commission's view it follows that Article 2 of Protocol I (P1-2) does not prevent the State from establishing compulsory schooling, be it in State or private schools of satisfactory standard, and that verification and enforcement of educational standards are an integral part of that right» (see N° 10233 y 83, dec. 6.3.84, D.R. 37 p. 105).

Pone como límite, a la potestad pública, que no se busque el adoctrinamiento. «The State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge 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 (see above mentioned Eur. Court H.R., Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen judgment, Series A n° 23, p. 26, § 53)».

Se deja un amplio margen de apreciación al Estado. La demandante considera que la escolarización obligatoria de su hijo violaría su derecho a asegurar una educación conforme con sus convicciones religiosas o filosóficas (art. 2 del Protocolo I). Sin embargo, el TEDH ha afirmado que las convicciones paternas no pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental a la educación del menor. Y ello porque, «the whole of Article 2 being dominated by its first sentence»: «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción» (sentencia «Campbell and Cosans» de 25 de febrero de 1982, § 36). En consecuencia, los padres no podrían rechazar la escolarización del niño si esta viene impuesta por el Estado.

La conclusión no responde a la lógica. Aquella debería haber sido la de que los padres no pueden comprometer la instrucción del menor. Situación que sólo se produciría si concurre una doble circunstancia. La de padres que no forman directamente a los hijos, y sin embargo, impidan que lo hagan otros, legitimados para ello.

Una segunda decisión de la Comisión, asunto Familia H. c. Reino Unido (6 marzo 1984), comienza por fijar cuál es la tarea de la Comisión. Esta no reemplaza a las autoridades competentes, en sus medidas de política educativa, su cometido es supervisar el cumplimiento de la Convención. Tampoco puede determinar cuál es mejor método educativo para el niño disléxico, si el de los padres o el propuesto por la autoridad educativa. Pero sí ve claro que, el art. 2 del Protocolo I, «implies a right for the State to establish compulsory schooling, be it in State schools or private tuition of a satisfactory standard, and that verification and enforcement of educational standards is an integral part of that right». En vista de ello, la Comisión estima que:

«to require the applicant parents to cooperate in the assessment of their children's educational standards by an education authority in order to ensure a certain level of literacy and numeracy, whilst, nevertheless, allowing them to educate their children at home, cannot be said to constitute a lack of respect for the applicants' rights under Art. 2 of Protocol 1».

Por tanto, no se deduce de las circunstancias ninguna apariencia de violación del precepto y la demanda, en este sentido, no está fundamentada. No deja de sorprender que se considere cumplida la segunda frase del artículo dos, con tal de que los padres puedan educar a sus hijos fuera de la escuela, cuando esta les ocupa una porción importante de su tiempo de vigilia y proporciona no sólo conocimiento, sino también directrices para el comportamiento (en cualquier ámbito). En razón de ello, la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa dispone en su artículo 2.1 que:

«La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, *dentro y fuera del ámbito escolar*, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (subrayado nuestro).

Además, en la decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, asunto Konrad y otros c. Alemania, los padres dan como razón para preferir la educación en familia la creciente violencia física y psicológica imperante entre los escolares. Según los estudios ya realizados, entre las motivaciones que llevan a las familias a optar por la educación en familia, tienen especial relieve el deseo de garantizar una determinada formación religiosa o ideológica, mejorar el rendimiento personal y, por otro lado, el de mantener a los hijos lejos de la violencia, o ambiente destructivo, que se ha instalado en un porcentaje muy alto de centros escolares<sup>33</sup>.

El índice de violencia, en las aulas españolas, se agrava paulatinamente. El 28 de noviembre de 2012, se presentó por el Defensor del Profesor, creado por el sindicato ANPE en 2005, el Informe sobre el curso 2011/2012. En él se refleja un aumento de los insultos y las faltas de respeto de alumnos a profesores. A ello hay que sumar la muerte (el 13 de noviembre de 2012), tras un conato de suicidio por acoso, de una adolescente de 16 años, de nacionalidad ecuatoriana, que estudiaba segundo de ESO en el IES Juan de Ávila de Ciudad Real.

#### 4.3. Análisis de la doctrina jurisprudencial

La legislación no es suficientemente garantista del derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos. La redacción del artículo 2 del Protocolo I al Convenio

---

<sup>33</sup> Cfr. M. Goiría Montoya. La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español. Tesis doctoral. Universidad del País Vasco. Facultad de Derecho. Sección de Bizkaia, 2012, pp. 87-142; I.M.<sup>a</sup> Briones Martínez. La libertad religiosa en los EE.UU. de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia. Barcelona, 2012, pp. 33-36, y L. Losada Pescador. La escuela doméstica: ¿Un retroceso? En *II Congreso Católicos y Vida Pública. «Educar para una nueva sociedad»*. Volumen I. Madrid, 2001, p. 521.

europeo tiende a equiparar el papel de los padres con el de los poderes públicos. La función del Estado se enfatiza a cuenta del derecho a la educación para todos. Así se refleja en la decisión *Leuffen c. Alemania* de 9 de junio de 1992. Pero se descuida la calidad de la educación. Este aspecto es esencial, pues permite contestar a preguntas como qué es lo que el Estado ofrece o impone a los niños y a sus padres, y su hipotético potencial conflictivo (con independencia de la intención, adoctrinadora o no). Para el Tribunal Europeo basta que el Estado, cuando actúa en el campo educativo, vele por una transmisión del conocimiento objetiva, crítica y pluralista. Algo que se consigue habilitando diversas vías, como son los centros privados e incluso, según afirma la Decisión *Familia H. c. Reino Unido*, 6 marzo 1984, por tutorización. «Escolarización» se interpreta en un *sentido amplio* y equivaldría a atención educativa. Tal interpretación la haría obligatoria.

González Vila dice que la obligatoriedad sólo se justifica en una situación extrema: «En la medida en que para una persona el único modo de ejercer su derecho y cumplir su deber de alcanzar la educación básica fuera acudir a la escuela, la escolarización sería para ella también, circunstancial, contingentemente, objeto tanto de una obligación como de un derecho»<sup>34</sup>. E insiste en que «educación y escolarización son no sólo dos conceptos y dos realidades distintas, sino, además, dos realidades fáctica y legítimamente separables». La una, la educación, de carácter obligatorio, y la otra, la escolarización, de índole instrumental y por tanto un medio que los padres tienen que sopesar en cada caso.

Ante la falta de criterio de los hijos, sobre las consecuencias de la educación en casa, el Tribunal Europeo, asunto *Fritz Konrad y otros c. Alemania* de 11 de septiembre de 2006, da por buena la propuesta de los poderes públicos, también en lo que se refiere a la socialización, que se reduce, con simplismo, a la escolarización. Decimos con simplismo porque valora sin más, como provechosa, la convivencia en la escuela. Sin embargo, sabemos que puede estar lastrada por un clima de anarquía y violencia, o por un estilo rutinario y burocratizado. La doctrina no ha dejado de señalar estas carencias. Son significativas las aportaciones de Herrero<sup>35</sup> y de Santos Guerra<sup>36</sup>.

Desde el otro extremo, tampoco es satisfactoria la descalificación, sin un análisis previo, de la socialización que pueda realizar por sí una familia abierta a apoyos externos. «El riesgo de *enguetamiento* es obvio y por eso sus padres tratan de involucrarles en actividades fuera de casa como deportes, montañismo, iglesia, servicios a la comunidad o trabajo a tiempo parcial»<sup>37</sup>. Por otro lado, las autoridades se fijan, a la hora de acotar el término «socialización», exclusivamente en la relación entre «iguales», mientras que, para los padres «homeschoolers», la auténtica socialización es fruto de un contexto más amplio, en el que conviven personas de distintas generaciones y culturas. Los «homes-

<sup>34</sup> T. González Vila. Educación obligatoria y escolarización voluntaria. En *Escuela Española*. Periódico profesional de Educación, número 3487, 22 marzo 2001.

<sup>35</sup> J. Herrero. Educación lineal en contextos complejos. Alicante, s. d. En <http://www.ojodeagua.es/ficheros/odea/Educaci%C3%B3n%20lineal%20en%20contextos%20complejos%20C2%BA%20edici%C3%B3n.pdf> (consultado, 17/05/2011).

<sup>36</sup> M.Á. Santos Guerra. Escuelas fuera de la escuela. En *La escuela fuera de la escuela*. Mobilitza T. Asamblea de Mestres de la Plana, 31 enero 2007. En <http://es.scribd.com/doc/2922338/laescuelafueradelaescuela> (consultado, 23/09/2013).

<sup>37</sup> L. Losada Pescador. *La escuela doméstica...*, pp. 528-529.

choolers» y las autoridades locales suelen atribuir más peso a los factores sociales que la normativa educativa<sup>38</sup>.

Larry Shyers de la Universidad de Florida, en una tesis doctoral, en que estudió el comportamiento de niños de 8 a 10 años que seguían la educación en familia, no apreció en ellos diferencias respecto a la autoafirmación. Sin embargo, si observó que estos tenían menos problemas de comportamiento que los demás. Con González Vila opinamos que: «Otras formas de educación distintas de la escolar pueden incluir una atención eficaz a la necesidad de la socialización»<sup>39</sup>. Es una hipótesis que cuenta con muchos ejemplos tangibles que confirman que la educación en familia es una respuesta válida y responsable al reto de educar al niño, en su singularidad y posibilidades.

El Tribunal Europeo ha hecho poco uso del Protocolo I en defensa de los padres, excepto para frenar la enseñanza religiosa (si faltan exenciones o alternativas). Aspecto analizado por la doctrina<sup>40</sup>. La última sentencia de que tenemos noticia es de 15 de junio de 2010, asunto Grzelak c. Polonia. El Tribunal condena a Polonia por no ofrecer la alternativa de Ética a quien no escoge religión católica.

## 5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010

La sentencia 133/2010 refleja el panorama jurisprudencial descrito y una interpretación reduccionista de los instrumentos internacionales que cita<sup>41</sup>. Concretamente, los artículos 26.3 de la Declaración Universal, el 2 del Protocolo Adicional I de 1952 (aplicando la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca) y muy especialmente el 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En consecuencia, la libertad de enseñanza de los padres tiene «su cauce específico de ejercicio» en «la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE)» (FJ 5º a).

En cuanto al artículo 27.1 (derecho de todos a la educación), en su dimensión de derecho de libertad, «se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4º) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE)» (FJ 5º b). Justifica este enfoque Valero Heredia<sup>42</sup>.

La sentencia comparte el prejuicio, antes comentado, de suponer que, cuando los poderes públicos: «han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la persona-

<sup>38</sup> I.M.<sup>a</sup> Briones Martínez. ¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa? En *RGDyDEE*, 3, octubre de 2003, p. 5.

<sup>39</sup> Educación obligatoria y escolarización voluntaria.

<sup>40</sup> Cfr.M.<sup>a</sup>B. Rodrigo Lara. El papel del menor de edad en la enseñanza religiosa. En *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, de VV. AA., Granada, 2008, pp. 82-85; J. Martínez-Torrón. La objeción de conciencia en la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo. En *ibidem*, pp. 113-134, y M.<sup>a</sup>A. Jurdado y S. Cañamares. La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgero v. Noruega. En *ibidem*, pp. 135-148.

<sup>41</sup> Cfr. M. Goiría Montoya. La opción de educar en casa..., pp. 283-299, y J. M.<sup>a</sup> Martí Sánchez. El «homeschooling» en el Derecho español. En *RGDyDEE*, 25, enero de 2011.

<sup>42</sup> A. Valero Heredia. Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 94, enero-abril de 2012, pp. 423 y ss.

lidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales», desempeñarán su misión «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» (FJ 8º b).

Es, por tanto, la apuesta por el «modelo pedagógico» del pluralismo en el interior de la escuela, contrapuesto a un proyecto educativo coherente, que inspire el quehacer de la comunidad educativa.

Por último, la meritada sentencia también justifica la restricción que supone, para el derecho de los padres a orientar la educación de sus hijos, la escolarización obligatoria. Para ello relativiza su alcance: «en la medida en que, según se ha advertido ya, no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana» (FJ 8º c).

Pero la tesis no se compadece con el carácter incisivo y, por momentos, ideologizado del sistema educativo español. ¿No ha establecido la «inclusividad» o el «pluralismo», con la fuerza de un dogma? Por lo demás, el sistema produce malos resultados. ¿Acaso no se deberán estos, en gran parte, a restringir la libertad —de elección— y participación de los padres? El FJ 9º reconoce que la opción del legislador ordinario no ha sido, en este sentido, la más flexible o generosa con la autonomía familiar.

## **6. UNA NUEVA PERSPECTIVA DEL CONSEJO DE EUROPA: RESOLUCIÓN 1904 (2012) «EL DERECHO A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN EDUCATIVA EN EUROPA» (*THE RIGHT TO FREEDOM OF CHOICE IN EDUCATION IN EUROPE*)**

Este importante documento fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria el 4 de octubre de 2012<sup>43</sup>, tras su elaboración por el Committee on Culture, Science, Education and Media (Doc. 13010). Puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha orientado la postura del alto Tribunal español, es de esperar que, sentadas unas nuevas bases, ambos revisen su postura ante el *homeschooling*. Veamos de qué manera.

La resolución destaca el papel de los poderes públicos, en garantizar que el sistema educativo ofrezca un trato igualitario y atienda todos los planos de la persona (social, económico-laboral, político). Insiste en el vínculo estrecho entre las libertades de elección educativa, de educación y de conciencia (párrafo 2º). Tal es la premisa para exigir que el poder público realice su tarea, en el espíritu del artículo 2º del Protocolo Adicional I. Su núcleo es el respeto al «derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

<sup>43</sup> <http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=19162&Language=EN> (consulta-do, 23/10/2013).

Hace unas recomendaciones a los Estados para que el sistema educativo se inspire en el principio de neutralidad y pluralismo. Ello les compromete a la calidad, en la red pública, y al reconocimiento de la iniciativa social (según criterios objetivos, leales y no discriminatorios). Antes había afirmado que: «las escuelas que no son administradas por el Estado pueden promover el desarrollo de una educación de calidad y la adecuación de la oferta educativa a la demanda de las familias» (párrafo 3º). Las escuelas privadas deben cumplir con el nivel de enseñanza de los centros públicos (oficiales), preservar los derechos y dignidad de los niños, y cultivar una visión amplia de la vida.

Como novedad se habla de financiación<sup>44</sup>. De modo que los Estados «se aseguren de que hay fondos suficientes disponibles para permitir que todos los niños reciban la educación obligatoria en las instituciones privadas» (par. 5º), siempre que no existan plazas suficientes en la red pública. El último párrafo (6º) insta a los Estados a «identificar las reformas necesarias para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de elección educativa, y para garantizar la aplicación progresiva de estas reformas en todos los niveles de gobierno (Estado, regiones y corporaciones locales)».

Es de notar que la propuesta inicial también se pronunciaba a favor de la educación en familia. Lo hacía en estos términos:

«This report is mainly focused on this aspect of «freedom of choice in education». This freedom of choice can also be expressed through the choice of home schooling; however, this other aspect (which raises issues distinct from those related to the right to choose between public and private educational establishments) is not dealt with in this report» (Doc. 13010, Committee on Culture, Science, Education and Media, The right to freedom of choice in education in Europe, Report 1, 4 September 2012, párr. 5º)<sup>45</sup>.

El propósito de la resolución es ampliar el campo de elección de centro. Reconoce su autonomía, al vincularla con la libertad de conciencia, e impone que sea respetada por los poderes públicos. Incluso exige cierta ayuda económica. Con ello mejora la comprensión de la libertad de enseñanza. El derecho que se garantiza a los padres va más allá de la mera formación de sus hijos de acuerdo a las propias convicciones. La neutralidad y el pluralismo deben presidir la acción del Estado. Tampoco se puede limitar el derecho paterno a la creación de centros privados o de iniciativa social (esto suele exceder sus posibilidades). La libertad y la calidad son los principios rectores que también deberían abrir el sistema a una educación en familia, rigurosa y completa.

---

<sup>44</sup> El Parlamento Europeo, en la Resolución Luster (14 marzo 1984), sobre libertad de educación y enseñanza en la Comunidad Europea, junto a afirmaciones capitales —«No puede ser incumbencia del Estado recomendar o privilegiar escuelas confesionales en general, o bien escuelas inspiradas en una determinada confesión, ni puede el Estado hacer reconocimiento o dar preferencias del género a favor de la instrucción no confesional»—, ratifica que la elección de escuela «corresponde a los padres», hasta tanto los hijos no puedan hacerla de modo autónomo. En consecuencia: «Tarea del Estado es consentir la presencia de los institutos de enseñanza pública o privada necesarios a tal efecto». E incluso, para una selección entre diversas opciones, la resolución va más allá: «El derecho a la libertad de enseñanza implica, por su naturaleza, la obligación, por los Estados miembros, de hacer posible el ejercicio de tal derecho también en el aspecto financiero y de proporcionar a las escuelas las subvenciones públicas necesarias para el desarrollo de sus cometidos y para el cumplimiento de sus obligaciones en condiciones iguales a las que benefician las correspondientes instituciones públicas, sin discriminación en relación con los organizadores, los padres, los alumnos y el personal».

<sup>45</sup> <http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=18983&Language=EN> (consultado, 2/10/2013).

## 7. RECAPITULACIÓN

En este escrito partíamos de una afirmación: para medir la libertad de enseñanza, operativa en un país, es muy relevante el trato dado, por su Administración y legislación, a la educación en familia. De acuerdo a tal test, ¿qué cabe pensar de la sentencia del tribunal Constitucional 133/2010? A lo largo de nuestro comentario hemos observado la propensión a utilizar las fuentes, concretamente las supranacionales, de gran repercusión en la materia, en clave estatalista. De este modo, se diluye la vocación garantista, a favor de los derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas, del alto Tribunal (art. 53.2 de la Constitución).

Es cierto que no es una lectura forzada de los instrumentos internacionales. El estatismo educativo se deduce de los pronunciamientos de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 de diciembre de 1976 marcó la pauta. Formula el derecho de los padres a la formación de sus hijos en términos minimalistas. A pesar de afirmar que: «al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente «asegurar la educación y la enseñanza», los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas» (§ 52), invierte la titularidad del derecho a educar. De facto, constituye al Estado no en una ayuda, sino en el máximo responsable del derecho a la instrucción. Esto implica también otorgarle la competencia en la modulación del derecho. A los padres sólo les queda una función residual de límite al afán adoctrinador del Estado. Es claro que esto no equivale a lo que el art. 2 del Protocolo I les reconoce: «A nadie puede negarse el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá en el ámbito 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».

Al hilo de la corriente jurisprudencial alentada por el TEDH, *Benedicto XVI* constató, ante el Cuerpo Diplomático (10 enero 2011), la merma de la libertad religiosa de las familias, en ciertos países europeos: «donde se ha impuesto la participación a cursos de educación sexual o cívica que transmiten una concepción de la persona y de la vida pretendidamente neutra, pero que en realidad reflejan una antropología contraria a la fe y a la justa razón».

Por tanto, no se puede estar satisfecho con la ponderación de los derechos en juego, reflejada en la jurisprudencia —constitucional o europea— analizada. Tampoco de su repercusión en la decisión de admisibilidad del asunto *Konrad c. Alemania* de 11 de septiembre de 2006, sobre la educación en familia.

Afortunadamente soplan vientos de cambios y mayor sensibilidad hacia el papel de la sociedad y la familia, en su doble faceta de impulsores y demandantes de propuestas de formación. Nos referimos tanto a la Resolución del Consejo de Europa 1904 (2012) «El derecho a la libertad de elección educativa en Europa», como, a nivel nacional, al Proyecto de Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa (17 mayo 2013). Este consagra, en el preámbulo, el principio fundamental: «Los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. El sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones». Aunque aún no es tarde, hubiera sido deseable una mayor determinación en extraer todas sus consecuencias, verbigracia, el reconocimiento de una «educación en familia» responsable. Sea como fuere es de alabar este nuevo espíritu de libertad que redundará en la mejora de la enseñanza y sus resultados.

# LOS DERECHOS DE LOS PADRES SOBRE LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Y LA «ENSEÑANZA EN CASA»

*Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense

## ABREVIATURAS:

CE. Constitución española de 1978

CEDH. Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 4.XI.1950

DUDH. Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10.XII.1948

PA1º. Protocolo Adicional número uno al CEDH

STC. Sentencia del Tribunal Constitucional

TC. Tribunal Constitucional

TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo

¿Es la instrucción pública el primer origen de la prosperidad social? Sin duda. Esta es una verdad no reconocida todavía, o por lo menos no bien apreciada; pero es una verdad. La razón y la experiencia hablan en su apoyo.

Las fuentes de la prosperidad social son muchas; pero todas nacen de un mismo origen, y este origen es la instrucción pública. Ella es la que las descubrió, y a ella todas están subordinadas. La instrucción dirige sus raudales para que corran por varios rumbos a su término; la instrucción remueve los obstáculos que pueden obstruirlos, o extrañar sus aguas. Ella es la matriz, el primer manantial que abastece estas fuentes. Abrir todos sus senos, aumentarlo, conservarlo es el primer objeto de la solicitud de un buen gobierno; es el mejor camino para llegar a la prosperidad. Con la instrucción todo se mejora y florece; sin ella todo decae y se arruina en un Estado»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. M. de Jovellanos, *Memoria sobre educación pública, o sea Tratado teórico-práctico de enseñanza, con aplicación a las escuelas y colegios de niños*, (escrito en 1801), colección «Libros que han cambiado el mundo», Biblioteca «El Mundo», 2011, prólogo de Elena de Lorenzo Álvarez, 15-16.

## 1. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS COMO PUNTO DE PARTIDA

**1.1.** El interés que algunos muestran por la llamada «enseñanza en casa», me lleva a atender a la amable invitación recibida<sup>2</sup> para tratar de ver en que medida se ha ocupado de ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro de la rica doctrina que ha elaborado en torno a los derechos de los padres en relación con la educación de sus hijos, si bien, personalmente, soy decidido partidario de la escuela pública, con la ilusión de saberme miembro de una familia en la que desde hace generaciones miembros, de ambos sexos, se han dedicado al magisterio, y yo mismo llevo más de cincuenta años viviendo un ilusionante compromiso con la enseñanza pública. La relación escolar abre un interesante juego de opciones entre los titulares del derecho a la educación, sus padres y el Estado responsable del servicio. El enigmático sistema de derechos fundamentales ofrece alternativas no siempre lineales, sino que pueden jugar en diversos sentidos.

**1.2.** Sabido es como el Consejo de Europa, con la temprana redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y la inmediata puesta en funcionamiento de su sistema —del que formaban parte piezas tan revolucionarias desde el punto de vista de las garantías como la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, pretendía que se hicieran realidad cuanto antes los más significativos derechos y libertades que había consagrado en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, elaborada por Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de dicho año. Una de las grandes aspiraciones de nuestro tiempo, tanto si se piensa en la óptica de las garantías individuales, como si se tiene en cuenta, a la par, el afán de los pueblos por el desarrollo, es la representada por el derecho a la educación. A ella dedica, en efecto, la Declaración Universal, un precepto luminoso y sobresaliente, cuya redacción admira y atrapa. No en balde, ya el Preámbulo de la DUDH recalca cómo los pueblos de las Naciones Unidas «se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad», para lo cual, obviamente, la educación está llamada a desempeñar un papel esencial. En la misma línea, la *proclamación* de la Asamblea General que antecede a la enumeración de los derechos y libertades, afirma su intención de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en la DUDH, «promuevan mediante la enseñanza y la educación el respeto a estos derechos y libertades». Doble compromiso, por tanto, en relación con el aspecto que nos interesa, en el sentido de, genéricamente, promover la educación, pero que, a la par, la enseñanza y la educación sirvan para afianzar los derechos y libertades consagrados. Es decir, que aquella primera vertiente no sea, si se quiere, neutral, sino que esté presidida por el respeto a los derechos y libertades y por el afán de promover dicho respeto. Aparece así una relevante «mediatización» que, como luego diremos, y suele ser habitual, responde a las «exigencias de los tiempos». De ahí la respuesta, de tan excelente factura, que va a

---

<sup>2</sup> Se ofrece ahora el texto de la conferencia pronunciada el 30 de noviembre de 2012, en el «Salón de Grados» de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, dentro del «III Congreso Nacional de Educación en Familia».

contenerse en el artículo 26 de la Declaración. Valdrá la pena recoger cuanto antes los tres apartados de dicho precepto:

- «1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe de 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 persona 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 y 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».

Tan hermoso precepto, resultado de una larga evolución histórica, está lleno de contenidos de gran significado jurídico, a alguno de los cuales me voy a referir sucintamente.

Ante todo (a), la fórmula tajante, inequívoca y general, de proclamación de un derecho: universalidad del derecho a la educación, del que son titulares todos los ciudadanos, entre los que interesan de modo especial los niños<sup>3</sup>. En este sentido, y desde un punto de vista jurídico, aparece así el primero de los sujetos que estará siempre presente en la relación educacional: el titular del derecho a la enseñanza.

Pero no sólo eso (b), en alguna de las fases más significativas, «la instrucción elemental será obligatoria». Encontramos así la compleja fórmula jurídica del derecho que es a la vez *deber*, pero lo importante a destacar ahora es que esta nota de la obligatoriedad quiere asegurar que la enseñanza alcance a toda la población escolar, sin excepciones, es decir, que ningún niño o niña queden sin haber recibido la instrucción elemental.

En cuanto a la nota de obligatoriedad, he de destacar en este momento, sin perjuicio de que más adelante se insista, que puede lograrse de muy distintas maneras, recalando ahora que lo que importa es que la enseñanza se reciba sin estar predeterminada por el momento el cómo o el dónde.

Otra nota a destacar (c), es el carácter de la gratuidad en la fase que debe alcanzar a todos, criterio indispensable para hacer efectiva la obligatoriedad.

Sentado lo anterior (d) que ya resulta determinante, el precepto ofrece una novedad muy destacable, y es la de predeterminar el «objeto de la educación». Se trata de una postura arriesgada, polémica incluso si se quiere, pero que yo juzgo del mayor interés, y que evidencia el interés de los autores del texto por estar a la altura de los tiempos.

---

<sup>3</sup> Quede claro cuanto antes que uso la metodología de la Real Academia Española, en el sentido de que las palabras genéricas —como «ciudadanos», o «niños»—, tienen un significado plural e integrador, reflejo de la variedad social, es decir que incluye tanto a las ciudadanas como a los ciudadanos, a las niñas como a los niños. Prefiero esta fórmula tradicional, tan simple y arraigada, que ninguna pretensión discriminatoria alberga, y que es sin duda más barata, a la opción por el afeamiento de la lengua por la que apuestan tan decididamente algunos legisladores —quiere jugar a modernos o a progresistas—, inundando las páginas de los diarios oficiales con la repetición mecánica, «los ministros, las ministras», «los consejeros, las consejeras», etc., que nada añade en puridad al buen entendedor y tanto perturba.

Si observamos textos constitucionales algo anteriores o incluso contemporáneos, si se afirma en ellos el derecho y el compromiso del Estado, nada solía decirse, en cambio, en cuanto a «el contenido». Bien claro resulta el ejemplo contemporáneo de la Constitución Italiana, algo anterior a la DUDH, o el de la Ley Fundamental de Alemania, un poco posterior<sup>4</sup>.

No hay que olvidar que se trata de un texto «de su época», que abordará decididamente los problemas patentes en el momento, por lo que, inevitablemente, habrá de tomar postura frente a situaciones anteriores. La novedad, en cuanto a contenido, va a centrarse en el decisivo tema de la relación del Estado con los ciudadanos, que se aborda desde dos perspectivas cercanas pero diferentes. Primera: «el pleno desarrollo de la personalidad humana», es decir, intentar conseguir que cada individuo llegue a adquirir las características que la personalidad humana demanda en cada momento histórico. Por decirlo en otros términos que nos hacen pensar en tiempos no tan lejanos, no es «el individuo para el Estado», al contrario, todo el sistema se piensa para que el individuo alcance los normales desarrollos que las opciones de los tiempos permiten auspiciar. Significado de peso, por tanto, del «pleno desarrollo de la personalidad». Pero junto a eso, como se recalca en el expresivo Preámbulo de la Declaración Universal, se opta por un compromiso público con el que —frente a momentos históricos inmediatamente anteriores que se quieren superar—, se asegure «el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales». Se ofrece así un radical cambio de panorama. Radical, ante todo, en cuanto al modelo de sociedad que se auspicia y que por eso se piensa que debe funcionar desde la escuela.

En este sentido, y en línea con lo que se afirma, cuajará un complejo compromiso, con el que quizá haya quienes no estén de acuerdo, pero que es un modelo de sensatez y de modernidad. Se hablará así, arrancando de la aspiración al pluralismo y a la convivencia entre los diferentes —algo connatural a un mundo como el que vivimos, de mezcla y diversidad—, de favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad, por ejemplo, entre los grupos religiosos. Opción delicada, insisto, para quienes desde su egocentrismo estimen que «lo suyo» es lo que vale, y desconozcan o desprecien a los demás. En este campo ha habido grandes cambios —ese imán de la «sociedad democrática»—, y hoy se ha generalizado la solución de considerar a «los demás» como distintos o diferentes, pero no como enemigos. Pero alcanzar dicha postura ha exigido grandes transformaciones, con no pocos recalitrantes todavía, como se comprueba nada más observar lo que sucede en el ancho mundo. Significado, por consiguiente, de la educación «para la comprensión, la tolerancia y la amistad», la convivencia de los diversos en definitiva. Aparte de que, en un mundo vapuleado por el azote de la guerra, se piense en España, en Europa, o se piense en el mundo —y es muy importante no olvidarse de la historia, española, europea o universal—, resulta imprescindible ese compromiso de que el objeto de la educación promueva el desarrollo de las actividades para el mantenimiento de la paz. Todo eso tiene que comenzar a aprenderse desde la escuela que es donde, en definitiva, se forman los ciudadanos.

---

<sup>4</sup> Importante en cuanto a exigencias, nada dice respecto al «objeto» de la educación el artículo 34 de la Constitución Italiana de 1947: «La escuela está abierta a todos. / Será obligatoria y gratuita la enseñanza primaria impartida durante al menos ocho años. / Los capaces y con méritos, aunque carezcan de medios económicos, tienen derecho a alcanzar los grados más altos de los estudios. / La República hará efectivo este derecho con bolsas de estudio, ayudas a las familias y otras medidas, que deberán concederse por concurso».

Dentro de su línea propia, de importantes contenidos, tampoco se encuentran referencias al objeto de la educación en el artículo 7 —sobre «sistema escolar»—, de la Ley Fundamental de Bonn.

Conviene resaltar (e) otro de los contenidos del precepto, en coherencia, en gran medida, con algunas de las previsiones anteriores. Se asume que la sociedad democrática de nuestra época va a ser una sociedad pluralista, de diferencias, sin mengua de no pocos valores y reglas comunes. Pero ya no va a valer el Estado de respuesta única: habrá que extremar el cuidado para que hallen presencia las diferencias. Llegamos así al último apartado del precepto, el tercero, que desde su lógica podría resultar también enormemente complejo, por lo que habrá que buscar fórmulas de confluencia. Si la enseñanza es obligatoria, a los padres, responsables en principio de la educación de sus hijos, se les reconoce este «derecho preferente a escoger» el tipo de educación. Hemos de ver enseguida como en otros textos se precisa que la opción de los padres se refiere sobre todo a la conformidad de la enseñanza con sus convicciones religiosas y filosóficas. La fórmula es de nuevo una advertencia frente a los planteamientos totalitarios del Estado. En apariencia, si nos circunscribimos a la mera expresión de las palabras, se abre una situación de enorme complejidad: ¿Habría que atender a las diferentes pretensiones pedagógicas que pudieran manifestar los padres, una especie de enseñanza «a la carta», con la enorme variedad de fórmulas? Compleja situación que, además, no habría quien la pudiera aguantar económicamente. Hemos de ver como la pretensión se va a traducir en una exigencia de neutralidad y de respeto, abriendo la puerta acaso, pero sólo en situaciones extremas, a la exoneración de según qué tipo de enseñanza. Más adelante se insistirá sobre el argumento, que cuenta con una interesante jurisprudencia, algunos de cuyos fallos van a ser objeto directo de nuestro estudio. Retengamos por el momento que, a la hora de dar sistema jurídico a la relación escolástica, si antes aparecían como sujetos destacados los destinatarios de la enseñanza, tras esta nueva aportación, habrá que contar también con los padres.

Referencia expresa (f) a dos sujetos de dicha relación: destinatarios de la enseñanza —normalmente, los niños— y los padres. ¿Nadie más? Sorprende que, curiosamente, el precepto no ofrezca ninguna otra referencia expresa. Si la enseñanza debe de ser gratuita, ¿quién la financiará? Si la enseñanza debe de ser obligatoria, ¿quién cuidará de que se lleve a cabo? Si la enseñanza ha de impartirse respetando un determinado objeto, ¿quién cuidará de que sus exigencias sean atendidas? La estructura de la DUDH, tal y como se proclama en el Preámbulo y en la declaración inicial, asume que toda la Declaración implica un compromiso de «todos los pueblos y naciones», y, señaladamente, de «los Estados miembros». En efecto, la pieza que faltaba —aunque resulte incluida de manera implícita—, era el Estado: el derecho-deber a la educación implica en efecto un relevante compromiso del Estado, a través de los órganos correspondientes según su sistema constitucional. Quedarán así implicadas destacadas funciones del Estado, y no sólo desde la perspectiva de la financiación. En la sistematización jurídica de todo el sistema, el Estado ha de ser sin falta uno de los sujetos de la regulación escolástica.

## **2. LOS ECOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

**2.1.** ¿A través de qué instrumentos habrán de hacerse inmediatamente operativos los importantes mandatos de la DUDH que acabamos de considerar? Antes de hablar del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque no se respete la cronología, he de hacer un par de breves menciones para resaltar el éxito y la continuidad de la brillante

fórmula del artículo 26 DUDH, y para indicar también cómo trata de hacerse operativa en los concretos sistemas jurídicos. Me referiré, así, a la respuesta que dio la Constitución Española en el constructivo momento de la «Transición política», así como a la fórmula adoptada por la Europa comunitaria, al elaborarse la más moderna «declaración de derechos», la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, en vigor desde primero de diciembre de 2009.

## 2.2. La Constitución española de 1978

La Constitución española de 1978, en su artículo 27 sigue muy de cerca los imperativos del artículo 26 DUDH, expresándose con brillantez. Debo decir incidentalmente que el precepto es uno de los testimonios más destacados del consenso que caracterizó la elaboración de la CE, tema muy polémico y cuajado de dificultades el de la educación<sup>5</sup>, pesando mucho en el momento de la elaboración del texto la abultada presencia de los colegios religiosos. En ese sentido, todas las palabras del artículo 27 están medidas y sopesadas, como testimonio del punto de encuentro que se alcanzó.

Ahora sólo pretendo recordar sus afirmaciones más destacadas en línea con lo que se viene exponiendo. Es frontal y abierto el reconocimiento del derecho a la educación, que se hace en el apartado 1, a la par que ser asume de forma igualmente amplia la libertad de enseñanza. Se dirá, así, «Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza». Claro y tajante también el criterio de la obligatoriedad y de la gratuidad: «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita» (apartado 4). Se refleja igualmente el criterio de que la enseñanza debe de tener un «objeto», que se expresa en fórmula que permite reconocer a simple vista la similitud con el texto de la DUDH: «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» (2). No falta el reconocimiento del derecho que asiste a los padres de velar por la enseñanza que se imparte a sus hijos: «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» (3). Se habrá advertido que la opción se circunscribe ahora, no a la totalidad de la educación en su conjunto, sino a «la formación religiosa y moral». Este inequívoco reconocimiento de los padres como uno de los sujetos de la relación escolástica, no agota las funciones que a los padres atribuye el artículo 27. También están llamados a intervenir —junto a los profesores y eventualmente los alumnos—, «en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos» (7). El precepto dedica especial atención al Estado —en general, bajo la fórmula «los poderes públicos»—, que queda así expresamente investido de destacadas funciones para que la educación pueda hacerse efectiva con la calidad auspiciada. Ante todo, «Los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza...» (5). Desde otra perspectiva no menos relevante, «Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo...» (8). Y desde una visión amplia de dicho sistema, el compromiso de financiar

---

<sup>5</sup> Véase L. Martín-Retortillo. ¡Descubramos y potenciemos la, hasta ahora inexistente, libertad de enseñanza, en el volumen, *Materiales para una Constitución*, Madrid 1984, 140 ss.

los centros privados: «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establece». En efecto, de acuerdo con el criterio de libertad de enseñanza recogido, «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales» (6). De modo que el sistema educativo se diversifica para que junto a los centros públicos hallen su lugar también los centros privados (entre los que destacarán los de organizaciones vinculadas a la Iglesia Católica, aunque no sólo). En todo caso, como ya se ha recogido, con la presencia y supervisión siempre de los poderes públicos<sup>6</sup>.

Desde el punto de la sistematización jurídica se nos ofrecen como sujetos de la relación educativa, el destinatario de la enseñanza —normalmente los niños—, sus padres, el Estado —bajo la veste del poder público que corresponda—, y, en ocasiones, los centros privados de enseñanza.

Si completando algunos aspectos que no aparecían, o matizándolos, resulta indudable —y es gozoso—, constatar la influencia directa de la DUDH en la fórmula española.

### **2.3. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

Una breve referencia también para aludir a otro ámbito territorial y a otro sistema jurídico del que también formamos parte, la Unión Europea. La aprobación y entrada en vigor de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, ha representado un paso destacado, largo tiempo auspiciado. Pues bien, no podía faltar en la más reciente declaración de derechos una referencia al importante derecho a la educación. Bajo ese rótulo se expresa el artículo 14 que se abre con un reconocimiento terminante: «Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la educación profesional y permanente» (1). El inicio es la fórmula de la Declaración Universal, que se completa con la interesante mención a formación profesional y permanente. También se recogen expresamente algunas de las notas que nos son conocidas: «Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria» (2). Es decir, se asume el criterio de la obligatoriedad que se acompaña asimismo con la regla de la gratuidad. El apartado 3 que cierra el precepto, junto a un reconocimiento de la libertad de creación de centros docentes «de acuerdo con las leyes nacionales», no se olvida de la posición de los padres, en el sentido de que se habrá de respetar, «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».

Aparecen así los destinatarios de la educación y sus padres, aparte de la hipotética presencia de las escuelas colegios privados, cuando así lo prevea la legislación de cada Estado. Y sin embargo éste, el Estado, no aparece mencionado de manera expresa. Empero, la metodología de la Carta deja claro que se están codificando obligaciones de los órganos de la Unión Europea, así como, en su caso, de los Estados miembros (expresivos al respecto el Preámbulo y el artículo 51.1, sobre ámbito de aplicación). Y es que sin que el Estado desempeñe sus funciones, no hay manera de garantizar el derecho a la enseñanza, ni de que ésta sea obligatoria y gratuita.

---

<sup>6</sup> Véase, A. Embid Irujo. *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1983.

La observación de la Carta me lleva a una nueva precisión, que va a resultar complemento imprescindible. En el artículo 24 se han incluido los «Derechos del niño», y se dirá, entre otras cosas: «En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial». No me caben dudas de que este mandato es válido también para la relación educativa. En la que, como ha ido quedando claro, el niño es uno de los sujetos, aun cuando en algunos momentos luzca el protagonismo de los padres. O sea, que hoy hay que añadir sin falta esta idea de la consideración primordial del interés superior del niño. Criterio que, sin falta, habrá de presidir todo el sistema jurídico que nos interesa.

#### 2.4. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

Vengamos ya al sistema del CEDH. Como recordaba al comienzo, el Consejo de Europa, al ponerlo en marcha, pretendió que cuanto antes pudieran hacerse efectivos en el ámbito europeo los más importantes derechos y libertades ofrecidos por la DUDH. Para lo cual, no sólo se hizo una declaración de derechos, sino que se dio el paso sobresaliente de que se pusieran en funcionamiento órganos de garantía, como la Comisión Europea de Derechos Humanos —que dejó de estar operativa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11, el 1 de noviembre de 1998— y, señaladamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que denominamos usualmente como Tribunal de Estrasburgo, dada su ubicación en la hermosa ciudad francesa. Pues bien, sorprende que el derecho a la educación no tuviera acceso al CEDH cuando se redactó en 1950. No estaba el derecho a la educación entre las prioridades que se decidió abordar. Hubo que esperar a la elaboración del Protocolo Adicional —que luego se denominaría núm. 1—, que se hizo a los dos años, para que el «Derecho a la instrucción» tuviera acceso al sistema. En 1952 se incorporaron, en efecto, la garantía de la propiedad (artículo 1), los derechos electorales (artículo 3), así como el que ahora nos interesa, artículo 2. Está redactado así:

*«Derecho a la instrucción. 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».*

Frente a la fuerza que presentan las fórmulas del derecho a la educación que se han ido ofreciendo, a mí me llama la atención especialmente la redacción tan poco impactante, tan débil, diría incluso, del precepto recién transcrito. Ante todo, esa referencia negativa al derecho, tan sorprendente: frente a la tan patente y plena fórmula habitual —«Toda persona tiene derecho a la educación»—, afianzando tan directamente al destinatario, el texto se despacha con esa afirmación indirecta, que parece casi una concesión de mala gana. Diría que en el conjunto del precepto parece tener más entidad el derecho de los padres, lo cual no sería lo más acertado, dado que lo primario parece ser asegurar la educación para todos. No hay referencia alguna a la obligatoriedad ni tampoco a la gratuidad. Es cierto que se deja abierta la puerta para que el Estado asuma

funciones en este campo, pero también este reconocimiento se hace con laxitud. Acaso todo sea un problema de expresión, pues luego no cabe duda de que el Estado tendrá que desempeñar las funciones que se han ido comentando al glosar las otras fórmulas. Ciertamente hay grandes diferencias entre los Estados que integran el Consejo de Europa y el grado de compromiso podría variar enormemente en unos casos y otros. Pero me parece indudable que hay unas exigencias mínimas válidas para unos y otros. Hay, empero, una explicación para penetrar en el quid del precepto que estudiamos. Y es que cada norma será fruto de su tiempo y de sus circunstancias. En otro lugar<sup>7</sup>, he recordado las ilustrativas palabras del juez Terje Wold, en su voto particular a la sentencia sobre el «Caso relativo al régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, II», 23.VII.1968, que resulta oportuno transcribir ahora: «Los trabajos preparatorios muestran también claramente que no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Esto es a mi juicio lo que hay que tomar en consideración cuando se interpreta el artículo 2. No debemos olvidar que Europa, en el momento en que se adoptó el Convenio acababa de pasar años de supresión de la libertad en aquellos pueblos donde los gobiernos emplearon todo tipo de medios y presiones para «nazificar» a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Era, por tanto, una finalidad importante del Convenio que esto no se repitiese y que el derecho de educar fuese protegido. En los trabajos preparatorios se pone frecuentemente el acento en este aspecto».

De ahí que, más que el peso del derecho a la educación preocupara, como se refleja en el precepto, el derecho de los padres a asegurar que la educación que se dé a los niños sea coherente con sus convicciones religiosas o filosóficas. Es, como se decía antes, una de las maneras de contemplar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

### 3. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

3.1. Entrando en el campo de la jurisprudencia, se observa que el precepto ha dado lugar a una no muy numerosa pero muy selecta serie de sentencias o decisiones. Puedo adelantar que el derecho de los padres ha ocupado lugar protagonista. Aparece también, como era lógico, el Estado desempeñando muy destacadas funciones de las que no puede abdicar. Pero el Tribunal ha logrado resaltar de forma bien interesante el derecho de los niños, como destinatarios reales de la información. Caso de que aparezca una reclamación porque los padres rechacen el sesgo religioso o filosófico que se dé a la enseñanza, el derecho de los padres gozará de carácter autónomo y pleno. Pero cuando pueda estar en juego la educación que el niño debe recibir sin falta, el Tribunal Europeo introduce un quiebro radical, en el sentido de que el derecho de aquéllos tendrá sólo un carácter que podemos calificar de medial o subordinado: lo que importará, cuando aparezca la más mínima contradicción, lo que siempre deberá prevalecer, será el provecho del niño, aún en contra de la opinión de los padres. Con lo cual, en algunos casos, nos encontraremos con una situación aparentemente paradójica: el precepto que se hizo

---

<sup>7</sup> Me remito a mi libro, *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, 59, nota 15.

para proteger a lo padres frente al Estado, se trastoca para que sea éste quien proteja los intereses del niño, precisamente frente a aquéllos.

**3.2.** La evolución de la jurisprudencia del TEDH evidencia que el artículo 2 del Protocolo Adicional núm. 1, ha resultado del todo funcional, y ha cumplido su cometido, en un línea abierta que periódicamente se completa con algún nuevo supuesto. El último pronunciamiento, según mis cuentas, bien interesante, sería la decisión de inadmisión «Willi, Anna y David Dojan c. Alemania», 13.IX.2011. La serie que he estudiado con fruición, y a la que he dedicado bastantes páginas<sup>8</sup>, se había abierto, dejando de lado algún precedente de menor significado, con una sentencia de gran interés, la del caso «Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca», 7.XII.1976.

Los padres suelen objetar que ciertos contenidos educacionales son contrarios a las ideas religiosas que pretenden para sus hijos, por estar demasiado volcadas hacia una concreta religión que no es la suya<sup>9</sup>. A veces, aparece la oposición a los métodos pedagógicos, como es el famoso caso sobre «los castigos corporales» en el Reino Unido<sup>10</sup>. En algún supuesto aparece la tensión militarismo frente a pacifismo<sup>11</sup>. Y ocupará lugar destacado la enemiga, por razones religiosas, a que los niños reciban educación sexual. Aspecto que el Tribunal abordó minuciosamente y con todo rigor desde el inicio —era el tema de la citada sentencia inicial—, hasta el punto de que cuando la reclamación se ha repetido después, en supuestos del todo similares<sup>12</sup>, el Tribunal se ha pronunciado a través de decisión de inadmisión, reiterando en general los argumentos de la sentencia inicial.

**3.3.** Es del mayor interés tener presentes las circunstancias y el contenido de este asunto danés que prácticamente abre la serie, el citado «Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen»<sup>13</sup>. Y es que las actividades académicas que habían sido impugnadas por tres matrimonios por razones religiosas —los recursos serían acumulados dando lugar a una única decisión—, habían sido objeto de minuciosa preparación y contraste por parte del Estado. Se quería reaccionar frente a una situación en que habían aumentado los embarazos indeseados de adolescentes así como el número de abortos. Para abordar la situa-

<sup>8</sup> Con publicación previa en los «Anales» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y en el «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», la versión definitiva de mi investigación apareció en mi citado libro, «*Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*», que editó el Justicia de Aragón, en 2008. Véase también, G. González, *Le droit à l'instruction au sens de la Convention Européenne des droit de l'homme*. En *Revue Française de Droit Administratif*, 5 (2010), 1003 ss.

<sup>9</sup> Tal sería el caso de las sentencias «Folgero y otros c. Noruega», 25.VI.2007, y «Zengin c. Turquía», 9.X.2007. Sobre la primera, puede verse especialmente, B. Aláez Corral, *Caso Folguero y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa*, en «Aranzadi Tribunal Constitucional», 3 (mayo 2008), 13 ss.; sobre ambas, J. Martínez-Torrón, *La objeción de conciencia a ciertos contenidos docentes en la jurisprudencia de Estrasburgo*, en «Aequitas sive Deus. Studi in honore di Rinaldo Bertolino», II, Torino, 910 ss.

<sup>10</sup> Asunto «Campbell y Cosans c. Reino Unido», 25.II.1982.

<sup>11</sup> Sentencia «Valsamis c. Grecia», 18.XII.1996.

<sup>12</sup> El tema aparece también en los supuestos «Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino c. España», 25.V.2000, «Konrad y otros c. Alemania», 11.X.2006, y «Dojan c. Alemania», 13.IX.2011, fallados todos ellos a través de una decisión de inadmisión.

<sup>13</sup> Puede consultarse la traducción española —y el comentario— de P. García Escudero, en el volumen recopilatorio, BJC, *Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 años de jurisprudencia*, Cortes Generales, 1981, 334 ss.

ción se designó una comisión plural, integrada por médicos, pedagogos, juristas, teólogos y expertos gubernamentales, a la que se encargó el correspondiente informe<sup>14</sup>. La conclusión principal de éste consistiría en recomendar la introducción de la educación sexual en las escuelas, no como asignatura separada sino diseminada a lo largo del resto de asignaturas: instrucción familiar, biología, historia, etc. Se procedió a llevar a efecto la recomendación poniendo en marcha un ingente proceso de modificación normativa, que arrancaba de la Ley ad hoc, que el Parlamento había aprobado por unanimidad. Dato éste que hay que recordar sin falta frente a los aventureros que pretenden actuar por libre en sectores tan sensibles y delicados. Desde el punto de vista de la mayor claridad y transparencia, ilustra bien como valoró el Tribunal Europeo la finalidad pretendida con la reforma: «El legislador danés —recalcará el Tribunal—, que no ha dejado de recoger previamente la opinión de expertos cualificados, partió manifiestamente de la constatación de que en Dinamarca los niños en nuestros días obtienen sin esfuerzo la información que les interesa sobre la vida sexual, desde distintas fuentes. La instrucción dispensada en las escuelas públicas sobre la materia pretende no tanto inculcarles conocimientos que no posean o no puedan procurarse por otros medios, que el dárselos de manera más exacta, precisa, objetiva y científica. Tal y como lo prevé y organiza la legislación impugnada, tiende, en primer lugar, a informar mejor a los alumnos» (p. 54).

Si en aquel momento habían sembrado la alarma los embarazos indeseados y los abortos, el paso del tiempo evidenciará —como van recogiendo los casos ulteriores—, que se van incorporando otras preocupaciones frente a las cuales importa muy mucho que los niños estén prevenidos y bien informado: engaños o violencia sexual, violaciones, pedofilia, utilización de redes, sida, etc.

El que este primer asunto corresponda a Dinamarca resulta especialmente interesante, dado que allí el sistema jurídico admite variantes para atender a la enseñanza obligatoria: escuelas públicas, escuelas privadas e, incluso, «enseñanza en casa» —aparece así, de manera indirecta, el tema que interesa: luego se insistirá sobre la fórmula de la Constitución de Dinamarca—. Pues bien, aún con las opciones que abren las dos últimas alternativas, que podrían dar por resuelto el problema, el Tribunal Europeo va a exigir unas garantías inexcusables, que sin falta tienen que estar presentes en los centros públicos. El quid va a consistir en que habrá de tratarse de una enseñanza objetiva, científica, respetuosa, que informe pero no incite y, por supuesto, que no adoctrine. Como se dirá en el apartado 54 de la sentencia, «El examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para dichos padres. Además, la legislación no afecta al derecho de los padres de aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección conforme a sus propias convicciones filosóficas o religiosas». A la vista del funcionamiento efectivo de la fórmula, el Tribunal no sólo no objeta que se lleve a cabo enseñanza sexual, sino que apoya decididamente la postura del Estado de negarse a excusar a los niños de recibir dicha enseñanza. En este sentido, se interpretará el derecho de los padres con cierta contención: no pueden estar cerrados a cualquier información que consideren incompa-

---

<sup>14</sup> Para más detalles me remito a mi citado libro, *Los padres tendrán derecho preferente*, p.90 ss.

tible con sus convicciones religiosas o filosóficas. Caso contrario, se viene a decir, dado que no pocas religiones ofrecen una visión amplia del mundo y de la vida abarcando todo tipo de realidades e ideas, quedaría imposibilitado cualquier intento general de enseñanza, pues en cualquier momento aparecerían puntos de fricción con dichas convicciones religiosas o filosóficas<sup>15</sup>. Destaco por eso que desde el principio se intenta aclarar dónde llega y dónde no llega el derecho de los padres. Y ya, para concluir con este supuesto, recalcaré el énfasis que se pone en destacar que la opción de los padres para rechazar determinadas enseñanzas ha de estar subordinada al deber primordial de asegurar la instrucción de los hijos. Es decir, que al interpretar el precepto, se parte de la íntima unión entre las dos frases del artículo 2 que sirve de punto de partida: el derecho obstativo de los padres sólo se entiende en función del derecho positivo de los niños a recibir enseñanza. El derecho de los padres, se dirá expresamente, «corresponde pues a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción» (p. 52).

A destacar, por ende, el peso de esta sentencia inicial, lograda en una fase muy creativa y muy fecunda del Tribunal, que predetermina prácticamente la solución de los casos similares que periódicamente van apareciendo, como «Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino c. España», 25.V.2000, «Konrad y otros c. Alemania», 11.X.2006, y «Dojan y otros c. Alemania», 13.IX.2011, resueltos los tres a través de decisiones de inadmisión.

**3.4.** Fuera del caso danés, estos otros supuestos referidos han aparecido en Estados en que la obligatoriedad de la enseñanza impone la asistencia de los niños a los colegios o escuelas, ya sean públicos o privados. Pues bien, ha sucedido que, en ocasiones, los padres, sin oponerse en general a la asistencia a la escuela, tratan de evitar que los niños estén presentes en las clases o actividades directamente relacionados con la educación sexual. Lo que conllevará el correspondiente perjuicio para el niño, exponiéndose a no aprobar el curso —como sucede en el caso español—, y, como regla, la reacción de que los padres sean sancionados automáticamente.

En este sentido, es muy ilustrativo el último de los asuntos planteados, según mi cuenta, el caso «Dojan c. Alemania», una decisión de inadmisión de 13.IX.2011. Los recurrentes son cinco matrimonios pertenecientes a la Iglesia Cristiano Evangélica Bautista que se niegan, por razones religiosas, a que sus hijos reciban clases de educación sexual, obligatoria según la programación del «Land» Renania del Norte-Westfalia, en donde viven. A lo largo del caso aparecerán unos y otros, en relación con una serie de supuestos puntuales, como las propias clases de educación sexual, aunque según la programación escolar forma parte también de dicha educación la representación de una obra de teatro titulada «Mi cuerpo es mío» («Mein Körper gehört mir»), con la que se

---

<sup>15</sup> Bien claro lo deja la sentencia cuando afirma, en efecto, que el derecho de los padres «no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que, directamente o no, tengan carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera, a los padres a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable. Parece, en efecto, muy difícil, que cierto número de asignaturas enseñadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un tinte o incidencia de carácter filosófico, si se tiene en cuenta la existencia de religiones que forman un conjunto dogmático y moral muy vasto, que tiene o puede tener respuestas a toda cuestión de orden filosófico, cosmológico o ético» (p. 53).

quiere que los niños tomen conciencia del problema de los abusos sexuales, ya sea por personas extrañas o, incluso, por miembros de la familia. Pues bien, los padres se niegan sistemáticamente a que los niños acudan a ese tipo de actividades. Tildan las clases de «liberales», pornográficas incluso, dando una imagen liberadora de la sexualidad que podría conducir a una «sexualización» prematura de los niños, alegando que la doctrina bíblica de la castidad, limitando la sexualidad al matrimonio, ya puede constituir suficiente protección frente a los abusos sexuales. Algunos de los padres, incluso, impidieron que sus hijos fueran a la escuela cuando se celebraba la fiesta del «Carnaval» —de asistencia obligatoria—, aunque no tuvieran que disfrazarse —o, incluso, aunque hubiera actividades alternativas, como natación—, alegando que era incompatible con las creencias religiosas y morales que habían inculcado a sus hijos pues, sostenían, se trataba de una festividad católica inspirada por el deseo carnal y acompañada de comportamientos inmorales y desinhibidos.

El caso es que el incumplimiento por unos u otros de lo que eran actividades escolares obligatorias, en unas u otras circunstancias, se iría traduciendo en la correspondiente sanción a los padres. En puridad, el asunto llega al Tribunal Europeo con motivo de los recursos contra dichas sanciones, por estimarlas contrarias a los artículos 8, 9 y 10 CEDH (derecho a la intimidad, libertad de conciencia y de religión, y libertad de expresión, respectivamente), o al artículo 14 (no discriminación), en conjunción con los anteriores<sup>16</sup>. Por lo general, eran recurridas ante los Tribunales, incluso en apelación, llegando algunas de ellas ante el Tribunal Constitucional Federal, aunque éste las declararía inadmisibles. En alguna de las ocasiones, el Tribunal Constitucional Federal recalcará que el derecho a la libertad religiosa y el derecho de los padres de defender a los niños de doctrinas adversas a sus convicciones religiosas, se contrarresta con el encargo, que también hace la Constitución, de ofrecer enseñanza obligatoria, lo que supone una incuestionable restricción del derecho de los padres, asumiendo, en concreto, el criterio del Tribunal de apelación de que la obra de teatro cuestionada no habría infringido la obligación de neutralidad de los servicios escolares.

Por su parte, el Tribunal Europeo, recogiendo argumentaciones de los Tribunales internos, pero haciendo uso también de su propia doctrina, recalcará que se impone una consideración unitaria y conjunta, tanto de las dos frases del artículo 2 PA1°, como de los artículos 8, 9 y 10 CEDH, como con el espíritu general de éste, instrumento destinado a mantener y promover los valores de la sociedad democrática, lo que conecta también con la finalidad de la enseñanza, una de cuyas funciones consiste en moldear y desarrollar el carácter y las habilidades mentales de los alumnos, así como su independencia personal. Se dice, incluso —y citaré literalmente dado que se contiene una referencia expresa al tema

---

<sup>16</sup> El asunto es algo más complejo, lo que evidencia el correcto funcionamiento del sistema a la par que se respetan todas las garantías. En el caso «Dojan» se describe que algunos de los padres se niegan a pagar la multa una vez impuesta y confirmada judicialmente, por lo que el correspondiente Tribunal, en aplicación de las expresas previsiones legales, les condenó, a uno, a 30 y a otro a 40 días de privación de libertad. En el orden interno, los correspondientes Tribunales estimaron que tanto la multa como la privación de libertad eran correctas. El Tribunal Europeo estimará, por su parte, que ni los medios empleados ni las sanciones eran desproporcionados: las multas —se concluye— ni fueron excesivas ni resultaron impuestas de manera arbitraria. En cuanto a la privación de libertad, se considera que no es una sanción por la infracción administrativa sino sólo un medio para forzar la obligación de pago de los afectados. La conclusión final será que no se ha producido irregularidad alguna.

que interesa—: «El Tribunal recalca que ha analizado en concreto el sistema alemán imponiendo la presencia obligatoria en la escuela a la par que se excluye en general la educación en la propia casa. Ha llegado a la conclusión de que al introducir tal sistema ha aspirado a asegurar la integración de los niños en la sociedad, con la idea de evitar la aparición de sociedades paralelas, consideraciones que van en la misma dirección de la jurisprudencia del Tribunal sobre la importancia del pluralismo para la democracia, y que encajan en el margen de apreciación de los Estados contratantes a la hora de establecer e interpretar las normas de su sistema educativo». Bien puede observarse que el Tribunal se mueve con seguridad en lo que es doctrina afianzada: se repetirán los supuestos que van apareciendo en la sociedad, pero la solución jurídica resulta clara y firme, es decir, que no hay por qué alterarla. Esta firme postura del Tribunal resulta, por lo demás, inequívoca advertencia a quienes pretenden defender los nuevos casos. Y es que, además, se ha producido una rica interacción entre las argumentaciones afianzadas por el Tribunal Europeo y las de los Tribunales del orden interno, muy pendientes de las exigencias del Convenio, coincidentes en esto con las de la propia Constitución. Del mismo modo que el Tribunal Europeo valora positivamente la correspondiente ley del «Land» que establece que el fin de la educación sexual es dotar a los alumnos de conocimientos sobre los aspectos biológicos, éticos, sociales y culturales de la sexualidad, de acuerdo con su edad y madurez, para habituarles a desarrollar sus propios puntos de vista morales así como una aproximación independiente a su propia sexualidad, desde la idea de que la educación sexual debe desarrollar la tolerancia entre los seres humanos, independientemente de su orientación sexual e identidad.

En suma, que la opción, una vez más, por la inadmisión del recurso se convierte en un respaldo claro de la política educativa cuestionada por los padres, desde el convencimiento en la razonabilidad de los fines y tras la verificación del equilibrio, calidad, profesionalidad y neutralidad del desarrollo efectivo de la enseñanza en la práctica. Sin que sea de olvidar el carácter tan satisfactorio con que, en general, se practica la enseñanza pública en Alemania<sup>17</sup>, fuente de desazón y de auténtica envidia cuando se contempla el bajo nivel de interés social —y de la respuesta institucional—, por la situación de la enseñanza pública en España.

El caso «Dojan» dedica un interesante párrafo, como se destacó, a la opción alemana por la enseñanza obligatoria. El Tribunal encuentra justificación suficiente en que no se reconozca —salvo excepciones, como se dirá—, la opción por la «enseñanza en casa», pesando el argumento de la sociabilidad tan útil o, incluso, indispensable, para la formación de los niños.

**3.5.** Ello me lleva a hacer un inciso en la exposición para centrarme un momento en una constatación que juzgo de interés. El Consejo de Europa lo integran 47 Estados que, si caracterizados por ideas comunes —una de ellas, y bien potente, sería la plena inserción en el ordenamiento jurídico de cada uno, del Convenio Europeo de Derechos Humanos—, ofrecen también enormes disparidades en su forma de ser, en su historia y tradiciones y, por lo mismo, en su sistema jurídico. Si la divisa auspiciada por la Unión

---

<sup>17</sup> Véase el reciente libro de P. Meix Cereceda, *Derechos fundamentales y descentralización de la enseñanza. Un estudio comparativo de los sistemas español y alemán*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.

Europea es la de «Unidad en la diversidad»<sup>18</sup>, también entre los países del Consejo de Europa aparece, por un lado, el trazo de la Unión, aunque, por otro, la diversidad es bastante notable. Piénsese, por ejemplo, en las diferencias, en cuanto a los sistemas jurídicos y de valores, entre España y Turquía, o entre el Reino Unido y la Federación Rusa. Ello conduce a que el CEDH haya de ser interpretado con frecuencia de manera laxa para dar cabida a la diversidad de fórmulas y soluciones. Que es lo que sucede, en concreto, al contemplarse la obligatoriedad de la educación.

La realidad española nos sitúa ante el criterio de la obligatoria presencia de los niños en las escuelas, ya sea en los centros públicos o en los privados reconocidos, lo que es solución generalizada en los países de nuestro entorno, tanto los de la Unión Europea como los del Consejo de Europa. Aunque no falten otras fórmulas, y es así como aparece el supuesto de la «enseñanza en casa» como una de las opciones. En el asunto «Konrad», que enseguida se estudiará, y en el que se planteó de lleno ante el Tribunal Europeo la cuestión de la enseñanza en casa, los padres, que pretendían que se exceptionara a sus hijos de la obligación de acudir al colegio, alegaban que en no pocos países se permitía la enseñanza de los niños en casa, sin necesidad de ir a la escuela, citado los ejemplos de Estados Unidos, Canadá, Suiza, Austria y Noruega, recalcando que incluso tal posibilidad estaba reconocida de manera expresa en las Constituciones de Estados como Dinamarca, Finlandia e Irlanda<sup>19</sup>. Lo cual es cierto, como lo es que, como reconoce el Tribunal Europeo, los Estados disponen de un amplio margen de decisión<sup>20</sup> para organizar la obligatoriedad de la educación. Sin duda, el sistema del Convenio Europeo de

<sup>18</sup> Recuérdesse que el Proyecto de Tratado introduciendo la Constitución Europea, 29.X.2004, establecía en el artículo 8 los «Símbolos de la Unión», entre los que figuraba la divisa «Unida en la diversidad». El Proyecto decayó, como es sabido, pero al elaborarse el Tratado de Lisboa, entre las Declaraciones anexas al Acta Final, figura la Declaración número 32, firmada por 16 Estados, entre ellos España, que declara que los contenidos del citado proyecto, «seguirán siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ésta». Lo que revalida la fuerza simbólica de la citada divisa. Véase, R. Alonso García y D. Sarmiento, *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*, 2005, 87; L. Martín Rebollo, *Leyes Administrativas*, 18.ª edición, 2012, 296 ss.

<sup>19</sup> En efecto, según el artículo 76 de la vigente Constitución de Dinamarca de 1953, «Todos los niños en edad de recibir instrucción obligatoria tendrán derecho a enseñanza gratuita en las escuelas públicas primarias. Los padres o tutores que se encarguen por sí mismos de dar a los niños una instrucción igual a la que se exija generalmente en las escuelas públicas primarias, no están obligados a enviarlos a las escuelas públicas». En el caso de la Constitución de Finlandia, es el artículo 82: «La ley regulará el derecho a crear escuelas y otras instituciones educativas privadas, y a organizar la enseñanza en ellas. No será objeto de supervisión pública, la enseñanza impartida en el hogar». En el precepto que la Constitución de Irlanda dedica a la educación, el 42, se dispone, entre otras cosas: «1. El Estado reconoce a la familia como educadora primera y natural del niño y garantiza el respeto al derecho inalienable y al mismo tiempo deber de los padres de ofrecer conforme a sus medios una educación religiosa, moral, intelectual, física y social a sus hijos. 2. Los padres tendrán libertad para proporcionar esta educación en sus hogares o en escuelas privadas o reconocidas o instituidas por el Estado. 3. 1.º. El Estado no obligará a los padres a enviar a sus hijos a colegios establecidos por el Estado o a cualquier tipo de escuela determinada por él, si esto supusiese violación de sus convicciones o de sus legítimas preferencias. 2.º. El Estado, no obstante, en cuanto guardián del bien común y a la vista de las circunstancias actuales, exigirá que los niños reciban un mínimo de educación moral, intelectual y social». He tomado las referencias de G. Gómez Orfanel, *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

Se habrá observado, aún dentro de la dirección común, el diferente trato que deparan los tres textos constitucionales.

<sup>20</sup> Véase, J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Madrid 2010.

Derechos Humanos asume que cabe dentro de él un gran abanico de respuestas, por lo que los Estados conservan su libertad para decantarse por bien variadas soluciones. Con todo, resulta evidente que la gran mayoría de los Estados del Consejo de Europa insisten en la regla de la asistencia obligatoria de los niños a los centros escolares reconocidos, sean públicos o privados. Lo que, por otro lado, se considera en general como un importante avance social, conseguido tras enormes esfuerzos históricos, con la intención puesta en lograr una enseñanza no discriminatoria, que garantice inequívocamente que a todos llegan los beneficios de la educación.

#### **4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ASUNTO *KONRAD C. ALEMANIA*: ASPIRACIÓN A LA ENSEÑANZA EN CASA POR RAZONES IDEOLÓGICAS**

A la vista del panorama constitucional, hay una cierta lógica en el hecho de que la jurisprudencia del TEDH no haya tenido que enfrentarse con problemas en relación con los Estados que admiten la enseñanza en casa. Las dificultades se han hecho presentes, curiosamente, cuando los padres se han opuesto a la escolarización de los niños allí donde las leyes del Estado la declaraba obligatoria. Hay un supuesto paradigmático, que presenta los elementos típicos, que dio pie a que el Tribunal Europeo se enfrentara de lleno con la cuestión, sentando doctrina bien interesante, y resolviendo de manera inequívoca cualquier posible duda o vacilación que apareciera en el futuro. Siendo de destacar que el Tribunal, tras su luminoso razonamiento, resolvió el problema a través de una decisión de inadmisión, es decir, que ni siquiera consideró necesario llegar a dictar sentencia. En efecto, va a ser el asunto «Konrad c. Alemania», 11.XI.2006, el que aborde de lleno el problema: el matrimonio Konrad, así como sus dos hijos, se oponen a la escolarización por razones ideológicas, apoyándose en los artículos 2 PA1º y 8 y 9 CEDH, bien tomados aisladamente, bien conjuntamente con el artículo 14, sobre no discriminación. En otra ocasión he estudiado el supuesto con detenimiento, por lo que ahora me limitaré a recordar las grandes líneas expuestas entonces<sup>21</sup>. Aunque los padres son suizos, el problema se plantea en Alemania, donde residen, cuyo sistema jurídico es tajante en la exigencia de la presencia de los niños en la escuela, como forma de atender a la obligatoriedad de la educación, sin perjuicio de algunas excepciones de que luego se hablará. Vertiente obligatoria que se complementa con la más cuidadosa atención para que la enseñanza resulte profesional, de calidad, respetuosa y neutral. Por fortuna, pasaron los tiempos de pesadilla, pero no será ocioso recordar las barbaridades que se cometieron en la educación de los niños en el periodo nazi. Las actuales autoridades alemanas son bien conscientes de que también, en sectores como éste, es preciso asegurar el ¡nunca jamás!<sup>22</sup> De ahí que admire la calidad y el respeto que han logrado imprimir al sistema educativo. Desde la vertiente de la argumentación jurídica, el caso, en la línea que antes apuntaba, va a ofrecer un inte-

---

<sup>21</sup> Me remito a mi citado libro, *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*, 39 ss. Y 148 ss.

<sup>22</sup> Sin que sea de olvidar la frecuencia con que en los países de una única religión oficial, la enseñanza de ésta se imponía obligatoriamente a todos. Buen ejemplo lo deparan actualmente no pocos países árabes, en los que impera la teocracia de la religión musulmana.

resante diálogo entre las jurisdicciones internas y el Tribunal Europeo, que en gran medida admite y hace suyos los razonamientos de los Tribunales alemanes.

El matrimonio Fritz y Marianna Konrad, con su hija Rebecca y su hijo Josué —de ocho y siete años respectivamente, estos últimos, cuando se planteó el asunto—, que pertenecen a «una comunidad cristiana intensamente vinculada a la Biblia» —aunque no se concrete más—, van a oponerse a la escolarización de los niños por razones religiosas. Es decir, que rechazan la asistencia de Rebecca y Josué a cualquier escuela, ya sea pública o privada, deseando mantener el control absoluto de su educación. Alegan que en la escuela no se respetan sus ideas religiosas, por diversas razones: ante todo, porque se ofrece educación sexual; también, dada —según ellos— la creciente violencia que impera en las escuelas, tanto física como psicológica; objetan, igualmente, que en los centros el Estado promovería la superstición al propagar elementos míticos e irracionales, dada la presencia de brujas, ogros, enanitos u otros personajes similares, en los cuentos que se les recomienda. Es decir, se trata, en principio, de genuinas razones religiosas —al menos así lo entienden ellos—, y no es que objeten partes del programa o del currículo, sino que se oponen sin más a la escolarización de los niños, reclamando para ellos la tarea de su formación. Razón por la cual se enzarzan en un vivo debate con las autoridades educativas —en concreto, los servicios escolares del «Land» Baden-Württemberg que tiene atribuidas las competencias—, y que les llevará a recorrer un largo camino judicial, en cuatro etapas, todas las cuales concluyen en similar sentido denegatorio: tanto el Tribunal Administrativo de Friburgo, como el Tribunal Administrativo de Apelación, de Baden-Württemberg, el Tribunal Administrativo Federal o, por último, el Tribunal Constitucional Federal, rechazaron la pretensión, por estimarla contraria a la regulación legal alemana, perfectamente legítima.

Ya en la primera instancia, el Tribunal Administrativo insistiría en la importancia del contacto con otros niños. La educación no sería sólo la adquisición de conocimientos, sino también aprendizaje para ir afianzando las primeras experiencias en sociedad, para lo que resulta de enorme utilidad el contacto con niños de la más diversa procedencia. Ciertamente hay un contraste entre el deber del Estado de enseñar y el derecho de los padres de supervisar —y, acaso, vetar— la educación recibida. La conclusión va a ser empero que el derecho de los padres tiene que ceder, ya que la efectiva aplicación de las previsiones del Estado resulta más favorable para la protección de los intereses de los niños. Se constata así como cobra protagonismo decisivo ese sujeto de la relación escolar apenas presente. Lo que significa, nada menos, que el derecho de los padres no puede prevalecer si se está perjudicando el derecho de los niños.

Complementando esta línea, siempre hay dos argumentos que suelen aparecer en la jurisprudencia y que están presentes también en el caso ahora comentado. El derecho de los padres cuenta siempre, por lo menos, con dos opciones elementales e indiscutibles: pueden elegir una escuela confesional que imparta enseñanza afín a sus creencias, dado que en Alemania —como en España—, se admiten también los centros privados, no pocos de los cuales ofrecen connotaciones religiosas. En segundo lugar, la escolarización obligatoria para nada perturba el decisivo papel educativo que pueden desempeñar los padres, al terminar el colegio por la tarde, o los largos fines de semana, tiempo en el que pueden hacerles partícipes de sus convicciones religiosas. Es decir, que, de quererse, los padres tienen mucho que hacer en la educación de sus hijos y en el afianzamiento de sus ideas religiosas. Lo que no es incompatible con la conveniente «entrada en socie-

dad» de los niños, que sólo puede lograrse con los contactos que facilita la diversidad de la escuela.

Por su parte, el Tribunal de Apelación insistiría en la obligación de neutralidad religiosa de la escuela, lo que, dada la realidad de la enseñanza en cuestión, lleva a la conclusión de que en la práctica no se adoctrina a los niños en contra de la voluntad de los padres. Se aborda también el argumento de los recurrentes de que la enseñanza de la escuela era demasiado científica y negaba la influencia divina en la creación y en la historia del mundo. Frente a esta objeción, el Tribunal advertirá que la libertad religiosa de los padres no puede impedir que en algún momento haya de tener que enfrentarse con algún conflicto entre ciencia y religión.

El Tribunal Constitucional Federal había insistido, sumando a los anteriores argumentos el de que resulta decisiva la formación de ciudadanos responsables para participar en una sociedad democrática y pluralista. Y se recogen estas palabras suyas: «el aprender a tratar con personas que tienen puntos de vista diferentes o que sostienen opiniones que difieren de las de la mayoría sólo puede adquirirse en contacto regular con la sociedad. De ahí que la experiencia diaria con otros niños a través de la asistencia regular al colegio sea la forma más efectiva de lograr tales objetivos». Sin que falte un recordatorio al hecho de que «el ejercicio y la práctica de la tolerancia en la escuela primaria constituya una finalidad decisiva».

El Tribunal Europeo seguirá atentamente, los razonamientos de los Tribunales internos a la par que va asumiendo sus conclusiones. Podría resumirse su doctrina en la siguiente afirmación, sin duda tajante: «Con todo, el respeto a las convicciones de los padres sólo se sostiene en la medida en que no entra en conflicto con el derecho de los niños a la educación, pues en el conjunto del precepto [artículo 2 PA1º], lo que prevalece es la primera frase. Lo que significa que los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación apoyándose en sus propias creencias»<sup>23</sup>. Queda formulado así el que podría considerarse *párrafo paradigmático* en relación con el precepto citado, por más que pueda parecer sorprendente. Pero el inteligente quiebro del Tribunal Europeo conduce a la constatación de la amalgama entre las dos frases del precepto: lo que importa es la educación de los niños (frase primera), por lo que si hay contraste entre ésta y el derecho de los padres (frase segunda), éste tendrá que ceder por fuerza: son los niños la parte débil en la relación escolar. En mi opinión, se trata de doctrina razonable, a la par que encomiable, que fuerza además a tener en cuenta la vocación de generalidad del precepto —tan decisiva en este punto para asegurar la igualdad e impedir la discriminación—, pues, sin perjuicio de que en algunos casos excepcionales los niños pudieran quedar suficientemente formados en casa, importa asegurar situaciones de validez general. De ahí que resulte positivo el que, a pesar de posibles inconvenientes, las leyes asuman la habitual tónica de generalidad.

---

<sup>23</sup> Como recordaba en mi citado libro, *Los padres*, 153, el Tribunal Europeo inserta una apostilla interesante desde el punto de vista del ejercicio de la acción, que va a redundar en el equilibrio del significado del caso: a la vista de que recurrentes son los padres, pero también el niño y la niña, se va a apoyar en la apreciación del Tribunal Administrativo de Friburgo para destacar que los niños, por su corta edad, no son capaces de prever las consecuencias y efectos de la educación en el domicilio, como no son capaces de tomar una decisión autónoma por sí mismos dada su inexperiencia. Es decir, que hay que defender el derecho de los niños si están en contra del derecho de los padres, aún a pesar de que los niños pidan lo contrario. Ingeniosa constatación, plena de lógica jurídica, que nos sitúa en el terreno de lo paradójico.

La constatación de lo anterior, no le impide al Tribunal Europeo reconocer la pluralidad de opciones de que disponen los Estados, asumiendo como conviven bien variadas fórmulas, sin que haya una solución única. Una de las cuales, y por cierto mayoritaria, es la de la escolarización obligatoria, del todo válida y legítima para los Estados que hayan optado por ella. Lo que no impide que esos mismos Estados puedan admitir excepciones por razones cualificadas, como pueden ser determinadas enfermedades o minusvalías, como se contempla en la legislación de Baden-Würtemberg, o de otros «Ländern», según recuerda el propio Tribunal Europeo.

## 5. LA SENTENCIA 133/2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A propósito de la decisión «Konrad», y antes de tirar del hilo que esta última afirmación del Tribunal ofrece, conviene hacer un inciso para recordar una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español, que ha tenido que abordar directamente la opción por la enseñanza en casa, en un sistema jurídico como el español que es de los que consagran el criterio de la escolarización obligatoria: la sentencia seguirá muy de cerca los argumentos de la decisión «Konrad», que, por supuesto, menciona expresamente.

Frente a algún titubeo inicial<sup>24</sup>, la STC 133/2010, de 2 de diciembre, de la que fue ponente quien presidía entonces el Tribunal, la profesora María Emilia Casas Baamonde, se enfrenta de lleno con la pretensión de unos padres de saltarse la obligación legal de escolarizar a los hijos, pretendiendo impartir ellos mismos la instrucción en casa. El asunto proviene de Coín, Málaga, y había sido el Ministerio Fiscal quien había puesto en marcha el correspondiente expediente para que el Juzgado de Primera Instancia acordara la escolarización de los hijos menores de los recurrentes. Decisión que en efecto acordó el Juzgado, entendiendo que el sistema jurídico español no amparaba la pretensión de los padres, poniendo el acento, a su vez, en los graves perjuicios que se seguirían a los niños, tanto desde el punto de vista de la integración social con otros niños de su edad, como en relación luego con los problemas para su posible carrera académica, dadas las dificultades para el acceso a la Universidad. Línea similar seguiría la Audiencia Provincial de Málaga, al denegar el recurso en la apelación. A modo de síntesis se dirá, tal como lo transcribe la STC: «recuerda que el derecho a ser escolarizado es un derecho del menor, no de los padres, que convive con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso imperativamente si ello fuera necesario».

La respuesta propia del TC se puede sintetizar en las siguientes palabras, que se formulan tras considerar la función de transmisión de conocimientos, propia de la escuela: «Sin embargo, según hemos indicado, ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática, y a la forma-

---

<sup>24</sup> Me pareció poco satisfactoria la respuesta del TC en el asunto de los «Niños de Dios» (STC 20/1994), negando el apoyo al bien hacer de las autoridades educativas catalanas, aunque había un voto particular bien interesante del magistrado V. Gimeno Sendra. Me remito a lo señalado en mi citado libro, *Los padres*, 83 ss.

ción de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que 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» (8, b). Poco después se retoma el argumento, con apoyo directo, como se verá, en la doctrina de Estrasburgo: «Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la apreciación de estos objetivos no pueden <ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar...no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos> (caso «Konrad v. Alemania»).

El paralelismo con la decisión del TEDH se realza si se considera que el TC recalca también la importante labor educativa que pueden realizar los padres en casa, ya sea cuando regresan los niños por la tarde, ya sea en los fines de semana, así como que también el sistema español deja abierta la puerta a la creación por los particulares de centros docentes que puedan ser reconocidos.

En definitiva, el TC, tras analizar minuciosamente la regulación del derecho a la educación en el sistema jurídico español, ha tomado partido decididamente por la solución de que, según la actual regulación, no tiene cabida la opción por la enseñanza en casa<sup>25</sup>. Y es interesante comprobar, constatando una vez más la interconexión de los sistemas jurídicos, que me gusta destacar, que el TC argumenta siguiendo casi al pie de la letra la doctrina expuesta por el Tribunal Europeo en el caso de referencia. Un supuesto más que acredita la corrección del margen de apreciación de que disponen los Estados al abordar esta materia. Lo que me lleva a una última reflexión sobre el supuesto comentado. Una vez que el TC, en el último de los fundamentos jurídicos, el 9, constata la corrección de la fórmula vigente, y a punto de concluir la sentencia, a modo de *obiter dicta* —y sin que nadie le forzara a ello—, se afirma que, siempre que se respeten las exigencias constitucionales que enumera el artículo 27 CE —que no son pocas, y recuerdo lo que antes se dijo de que el precepto en todo su conjunto es uno de los frutos más granados del consenso constitucional—, «a la vista del artículo 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta elasticidad al sistema educativo». Es una mera opinión, que nada añade y a nada obliga, pero que recuerda un criterio interpretativo. Acaso deja la puerta abierta por si un día, con todas las cautelas, quiere darse cabida a la excepción por razones de enfermedad, de la que enseguida se va a hablar. Dicho lo cual, podemos retomar el hilo del discurso y volver a las secuelas del asunto Konrad.

---

<sup>25</sup> Sobre la STC puede consultarse el trabajo de A. Valero Heredia. Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la sentencia del TC 133/2010, de 2 de diciembre. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94 (2012), 411 ss.

## 6. REFERENCIA A LA EXCEPCIÓN POR RAZONES MÉDICAS Y SIMILARES. EL ASUNTO *FAMILIA H. C. REINO UNIDO*

**6.1.** Lo cual nos lleva a otro apartado del que habrá que tomar nota igualmente. La conclusión alcanzada es que «por razones ideológicas», la libertad religiosa y el derecho de los padres no alcanzan a excepcionar la enseñanza obligatoria en la escuela, cuando así lo disponga adecuadamente el sistema jurídico del Estado correspondiente. Va a caber, en cambio, si así lo dispone la ley, la excepción «por razones médicas», que se interpretará rigurosamente.

En efecto, como insinúa el Tribunal Europeo tras mencionar el caso de la Ley de Educación de Baden-Württemberg, también las leyes de otros «Ländern», por seguir con el ejemplo de Alemania, prevén la excepción por razones graves que no tengan que ver con los aspectos ideológicos: razones médicas o de minusvalía y otros supuestos excepcionales.

La Ley sobre el Sistema de Educación y de Enseñanza de Baviera, en la versión de 31 de mayo de 2000, admite la posible excusa de los alumnos con enfermedades de larga duración, de forma que en el artículo 41.2 se prevé que los alumnos referidos puedan excusarse de acudir a clase en el propio hospital o centro médico en el que estén internados. La excepción habrá de ser siempre por razones médicas.

Otro ejemplo sería el de la Ley Escolar de Berlín, versión de 28 de junio de 2010: el artículo 41 apartado 3, prevé la excepción a la escolaridad obligatoria «por razones especiales» («wenn ein besonderer Grund vorliegt»), insistiendo el artículo 46.5 que puede excepcionarse la escolaridad «por motivos importantes» («aus wichtigen Grund») <sup>26</sup>, como pudiera ser el embarazo de una niña o la preparación a la maternidad. De todas formas, en la dirección señalada, el «Senat für Bildung» del propio Berlín (equivalente a la «Consejería de Educación») insiste, en una destacada norma reglamentaria, que las razones religiosas o de cosmovisión no son motivo suficiente para eximir de la escolarización obligatoria <sup>27</sup>.

**6.2.** Este aspecto de la «excepción médica» me lleva a una nueva decisión de Estrasburgo, de la que por fuerza debo hacerme eco. Se trata ahora de una ya vieja decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que hace tiempo dejó de estar operativa, y que funcionaba inicialmente como paso previo antes de poder llegar al TEDH: es la decisión «Familia H. c. Reino Unido», 6.III.1984, lo que nos sitúa en la órbita de otro Estado. Inglaterra, en el que la escolarización es también obligatoria. Es un complejo y enrevesado asunto, de enfrentamiento de un matrimonio con las autoridades educativas, desde el punto de partida de que sus cuatro hijos sufren, en mayor o menor medida, de dislexia. Los padres han intentado diversas formas de instrucción, oponiéndose a la pretensión de

---

<sup>26</sup> Reflexionando sobre la posible introducción en España de posibilidades de «enseñanza en casa» por alguna razones destacadas, no se me oculta el peligro de utilizar simplemente conceptos genéricos, como los que nos depara la experiencia alemana de «razones especiales», «motivos importantes», aunque se subraye la interpretación restrictiva, dada la facilidad con que, de acuerdo con la actual idiosincrasia española, los conceptos se desfiguran y estiran y pierden en la práctica toda contención y, por ende, su funcionalidad. He tratado de «la enorme volatilidad de los conceptos jurídicos» en mi trabajo, *De mi jornada*, recogido ahora en mi libro, *Méritos o botín, y otros retos jurídicos de la democracia*, Editorial Aranzadi, 2000, 315 ss.

<sup>27</sup> Agradezco amablemente a P. Meix Cereceda, que me ha facilitado los anteriores datos.

las autoridades escolares de considerar a los niños como alumnos subdesarrollados («as educationally sub-normal», o, en la otra versión, «dans la catégorie des élèves sous-doués»). Los padres habrían resuelto educar a los hijos en casa, contrarios al sistema educativo general, en especial, debido al uso de castigos corporales (as they found the State school system repugnant, in particular as regards its use of corporal punishment)<sup>28</sup>. A partir de ahí se producirán una serie de rifirrafes, así, amenaza de colocar a los niños bajo la dependencia de los servicios sociales a fin de obligar a escolarizarlos; o la propuesta a los padres de llevarlos a internados privados, subvencionados por los entes locales, o de situarlos en casa bajo la dependencia de tutores (aunque no especializados en la enseñanza a disléxicos), pero los padres se oponían a dichos métodos por estimarlos inadmisibles desde el punto de vista de sus ideas filosóficas. El caso es que, en un momento determinado, las autoridades educativas, dando aplicación a la ley, emiten formalmente la orden de que, o deben escolarizar a los niños o deben asegurar que les impartan una enseñanza adecuada. No sólo no se acata la orden, sino que se rechaza la supervisión que pretendían llevar a cabo los servicios educativos. Este episodio concluye con la condena penal a los padres por desobediencia. En una de las fases judiciales, la «Crown Court» aprecia los esfuerzos que están llevando a cabo los padres, se estima que la instrucción es satisfactoria en cuanto a uno de los hijos, pero no en cuanto a los dos más pequeños, que ofrecen sensibles deficiencias en escritura, lectura y cálculo. Al margen de lo cual, el Tribunal tiene muy en cuenta el rechazo a que los servicios escolares evaluaran los conocimientos de los niños, desde la idea de que «las autoridades educativas tenían el deber de supervisar la educación de los niños, y que no habían actuado de manera reaccionaria o dictatorial». En suma, el Tribunal inglés entiende que los padres no habían atendido correctamente su deber de cuidar la enseñanza, así como que no se justifica la desobediencia, por lo que se concluye dando fuerza a la condena penal. Luego, no se admitiría la apelación ante el Tribunal superior, motivo por el cual los padres se dirigieron a la Comisión Europea de Derechos Humanos.

La Comisión Europea de Derechos Humanos dice poco en sus breves razonamientos, pero aún hará afirmaciones interesantes. Constata que la enemiga a la escolarización proviene de las convicciones de carácter filosófico de los padres, lo que le lleva a «subrayar que el artículo 2 PA1º no garantiza un derecho absoluto a educar a los niños según las convicciones filosóficas de los padres, sino un derecho al *respeto* de dichas convicciones». La Comisión asume también que los Tribunales internos dejan establecido el deber de las autoridades educativas de asegurar la correcta instrucción de los niños, deber que a veces entrará en conflicto con los puntos de vista de los padres, constatándose que en el supuesto dichas autoridades no habían actuado de manera reaccionaria o dictatorial. Más aún, cuando los Tribunales internos no exigieron a los padres que escolarizaran a los niños y abandonaran el tipo de enseñanza que les estaban dando, sino que insistieron en que era obligatoria la cooperación con los servicios educativos locales para superar las deficiencias observadas en cuanto a cálculo y a las materias literarias.

---

<sup>28</sup> Debo recordar que dos años antes se había producido la importante sentencia «Campbell y Cosans c. Reino Unido», 25.II.1982, que terminaría considerando los castigos corporales como incompatibles con el CEDH, y que abriría la puerta a que dicha modalidad desapareciera, tras no pocas y vivas polémicas.

Especialmente interesante se muestra el criterio interpretativo de la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando afirma, «resulta evidente que el artículo 2 PA1º implica el derecho del Estado de establecer enseñanza obligatoria ya sea en las escuelas públicas, ya sea a través de clases particulares de calidad, así como que forma parte de ese derecho la aplicación y supervisión de las normas educativas»<sup>29</sup>. Se afirma igualmente que obligar a los padres a cooperar para que se compruebe si se aplican adecuadamente las normas educativa, no constituye ninguna falta de respeto al derecho que a los recurrentes les garantiza el artículo 2PA1º. Por todo ello, la Comisión concluye que no se aprecia violación alguna del precepto citado, por lo que el recurso carecería de fundamento, lo que conduce a declararlo inadmisibile.

El asunto resulta interesante desde el punto de vista del intento de las autoridades educativa de contribuir a hallar una fórmula adecuada. La postura rígida de los padres conduce a la afirmación de que sus pretensiones no quedan amparadas por el artículo 2. He de poner el acento sobre todo en el dato de que, se adopte una fórmula u otra — insisto en la larga duración del asunto, los servicios educativos dieron prueba de una cierta elasticidad—, lo que resulta incuestionable, es la obligación del Estado de garantizar la enseñanza obligatoria, que implicaría, en supuestos como éste, la obligación de control y supervisión.

## 7. COLOFÓN

**7.1.** Dos palabras sólo, a modo de colofón, ante todo desde el punto de vista de los sujetos de la relación educativa, sobre los que más arriba se razonaba. Las dos decisiones estudiadas evidencian la incuestionable presencia de los sujetos a que se refiere el artículo 2, que desempeñarán un papel mayor o menor a tenor de las circunstancias. Puede que cuando se hizo en 1952 el Protocolo importara asegurar a toda costa el derecho de los padres, para que no pudieran volver a repetirse experiencias históricas no queridas. Pero las exigencias de la realidad social van a llevar a la conclusión de que, una vez que se garantiza la corrección y adecuación de la enseñanza, lo que importa primordialmente es el derecho de los niños a ser educados, hasta el punto de que si hay contradicción entre las pretensiones de los padres y el interés del niño, este último debe prevalecer sin falta. Pero hay un tercer sujeto que tiene un protagonismo innegable. No parece demasiado firme la expresión del precepto cuando se refiere a «El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza». El dato real es que, de hecho, el Estado asume muy importantes funciones en ese campo de la educación y la enseñanza al responsabilizarse del correcto funcionamiento, creo que, en general, en los países de nuestro entorno cultural, y sin duda en los supuestos de Alemania y el Reino Unido a los que nos hemos referido con detalle, y, ¡cómo no!, en el caso de España, donde, recordaré de nuevo, el artículo 27 CE, con palabras medidas y ajustadas, es una de las piezas centrales del consenso constitucional. En este sentido, por

---

<sup>29</sup> Se entiende bien el gran paso que representa el protagonismo o supervisión del Estado en las cosas de la educación obligatoria, si se recuerda, por tomar un ejemplo de la literatura, la decepcionante experiencia, no hace tanto tiempo, de la protagonista Dorothy, en la escuela privada en que encontró trabajo, tal y como se describe en la sugestiva novela de G. ORWELL, *A clergyman's daughter* (en Penguin Books).

terminar por donde empezaba, recordando a Gaspar Melchor de Jovellanos, como prototipo de la Ilustración, sabemos lo mucho que valen los esfuerzos para que el Estado pueda asegurar —en todas sus fases, y desde todas sus alternativas— una enseñanza pública de calidad. Los numerosos esfuerzos puestos en pie desde que se hizo en 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su afán por afianzar una sociedad democrática, desde el reconocimiento por los Estados de los derechos humanos y las libertades fundamentales, también desde el respeto a la libertad y a la preeminencia del Derecho, nos conducen, sin falta, según mi opinión, a una concepción positiva del Estado. Con un papel decisivo, así, para garantizar los derechos fundamentales allí donde haga falta. Lo que no me impide reconocer que hay quienes —por muy diversas razones—, mantienen siempre y en cualquier circunstancia una visión profundamente negativa del Estado que, como digo, yo no puedo compartir.

**7.2.** Se ha expuesto un punto de vista jurisprudencial, limitado por fuerza, presente sólo donde tiene que responder a las iniciativas que se le han planteado. Pero no dejan de ser significativos los dos supuestos dedicados a «la enseñanza en casa». Va a ser decisivo al respecto lo que disponga el sistema constitucional de cada Estado. Dentro del respeto a las coordenadas constitucionales, el legislador dispondrá de un amplio margen a la hora de optar por unas u otras soluciones. Los casos en que al aplicar el CEDH se han planteado cuestiones en relación con la enseñanza en casa, corresponden a Estados en los que es obligatoria la escolarización de los niños, como del resto sucede en la mayoría de los miembros del Consejo de Europa. El Tribunal Europeo, con buen sentido, es tajante en la interpretación de que ante la correcta regulación legal, no cabe asumir pretensiones de los padres que alegan sus derechos educativos, para forzar la ley y obligar a los Estados a admitir la enseñanza en casa. Aun así, es posible advertir una diferencia interesante. Quedan al margen, tal y como se han planteado las cosas, los Estados que admiten la enseñanza en casa, que, en principio, no plantearían mayores problemas. La observación me lleva a advertir una clara diferencia de trato. Cuando la objeción de los padres a la escolarización obligatoria se funda en razones ideológicas —filosóficas, religiosas o pedagógicas—, la postura de los Estados es enérgica, en el sentido de defender su opción por la presencia de los niños en la escuela, como se ve bien claramente en el supuesto alemán, a lo que asiente de lleno el Tribunal Europeo, que confirma sin fisuras tal manera de proceder. Otro cariz ofrece, en cambio, el supuesto de enfermedad, minusvalía u otras circunstancias excepcionales. Ya se vio como a veces el propio legislador admite alterar la fórmula, lo que se confirma con las referencias alemanas que se recordaron. No menos ilustrativo resulta el caso inglés: el supuesto ofrece un muy duradero diálogo —a veces crispado—, entre los padres y las autoridades educativas, en el intento de encontrar una fórmula satisfactoria. Eso sí, contando siempre con la necesaria supervisión de los servicios. El asunto fracasa cuando los padres se niegan a admitir dicha supervisión. La decisión concluye dando la razón en definitiva al Estado. Pero el desarrollo del asunto da a entender que si dicha opción inspectora hubiera sido admitida, nada hubiera impedido la enseñanza en casa de los cuatro niños disléxicos. Y es que, con unas fórmulas u otras, el papel del Estado, aparte de decisivo, resulta inexcusable para desempeñar las obligaciones que le imponen el orden constitucional así como el sistema de derechos humanos, internacionalizado en gran medida

# **HOMESCHOOLING EN EUROPA**

*M.<sup>a</sup> José Valero Estarellas*  
Centro Universitario Villanueva.  
Universidad Complutense de Madrid

## **1. INTRODUCCIÓN**

Hace ya algún tiempo que tengo la firme convicción de que si hay algo que nos une a todos los interesados en el debate del *homeschooling* como fenómeno educativo —padres, educadores, juristas, administraciones públicas, psicólogos, pedagogos, médicos o filósofos— es que, más allá de elaboradas teorías y argumentaciones acerca del encuadre constitucional de la educación en familia, del alcance de los derechos de padres, menores de edad y Estado en materia educativa o de concretos sistemas de gestión administrativa de la educación en casa, todos buscamos lo mismo, todos defendemos lo mismo y —quiero pensar— todos lo hacemos de buena fe: todos perseguimos el mejor interés del niño. Lástima que una convicción tan firme como la mía tenga como objeto algo tan difuso como el mejor interés del menor, un concepto que resulta susceptible de ser manipulado, adaptado, argumentado y contra-argumentado para acomodar muy distintos planteamientos. El dicho común de que «el papel todo lo aguanta» parece valer también para el mejor interés del menor: parece susceptible de aguantar casi todo.<sup>1</sup>

Este trabajo pretende abordar una reflexión acerca de la relación que existe entre el *homeschooling* y ese mejor interés del menor que, no circunscrita al concreto contexto español, sino proyectada en el panorama europeo, permita adoptar una perspectiva argumental considerablemente más amplia e interesante.

El 28 de junio de 2009, la versión digital del Washington Times publicaba un artículo firmado por J. Michael Smith, presidente de la *Home School Legal Defence*

---

<sup>1</sup> J. Zermatten, *The Best Interests of the Child. Literal Analysis, Function and Implementation*, 2010 Working Report of the Institut International des Droits de L'Enfant, p. 27. (Disponible en [http://www.childs-rights.org/html/documents/wr/wr\\_best\\_interest\\_child09.pdf](http://www.childs-rights.org/html/documents/wr/wr_best_interest_child09.pdf). Consultado el 25 de noviembre de 2012). También parece sugerirlo F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 25.

*Association*,<sup>2</sup> que, bajo el título *Home-Schooling: Losing ground all over Europe*,<sup>3</sup> advertía de las dificultades legales y administrativas que hallaban, en un creciente número de países del viejo continente, aquellos padres que deseaban educar a sus hijos al margen de sistemas educativos oficiales. Junto a la tradicional activa oposición de las autoridades alemanas a la práctica del *homeschooling*, Smith mencionaba dos circunstancias de entonces reciente acaecimiento en países hasta entonces legalmente abiertos a la educación no institucional y que encontraba particularmente inquietantes: de un lado, la sugerencia del gobierno sueco de limitar extraordinariamente la posibilidad y alcance de una educación en el hogar; de otro, la publicación en el Reino Unido del controvertido Informe *Badman*, que propugnaba un aumento de controles estatales en la hasta entonces relativamente libre práctica del *home education* en este país.

Con la perspectiva de los más de tres años transcurridos desde la publicación del artículo mencionado, hemos de admitir que la intuición del Sr. Smith no iba del todo mal dirigida. Si bien en el Reino Unido la reacción sin precedentes al contenido del Informe *Badman* llevó finalmente al Gobierno a renunciar a la pretensión de reformar el sistema de educación en casa,<sup>4</sup> en Suecia las cosas no han sido precisamente favorables a los intereses de los *homeschoolers*,<sup>5</sup> como tendremos ocasión de analizar a continuación. Además, en este tiempo ha ocurrido en Europa algo con lo que el presidente de la HSLDA no podía contar allá por junio de 2009: la decisión en 2010 del Tribunal Constitucional español de considerar ilegal la práctica de la educación en casa mientras no exista una expresa regulación legal de la misma.<sup>6</sup>

Junto a estas malas perspectivas adelantadas por Smith, en Europa también se han producido en los últimos años avances favorables a una creciente diversificación de modalidades educativas, principalmente en los países pertenecientes al antiguo bloque soviético.<sup>7</sup> Un ejemplo alentador es el de la República Checa al que me referiré más adelante.

<sup>2</sup> La *Home School Legal Defence Association*, más conocida por su acrónimo HSLDA, es la asociación internacional más importante para la defensa y promoción de la educación no institucionalizada. Creada en Estados Unidos en 1983, esta organización sin ánimo de lucro monitoriza a nivel mundial la situación de la educación en el hogar y promueve campañas activas a favor de los derechos de los padres y de los menores desescolarizados. Vid. <http://www.hslda.org/> (Consultado el 28 de noviembre de 2013).

<sup>3</sup> Disponible en <http://www.washingtontimes.com/news/2009/jun/28/home-schooling-losing-ground-all-over-europe/> (Consultado el 28 de noviembre de 2013).

<sup>4</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> J. Valero Estarellas, «*Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCyDEE), 28 (2012), pp. 8 a 10.

<sup>5</sup> La nueva Ley de Educación del año 2010 ha prohibido *de facto* la educación en casa en este país escandinavo salvo que concurran «circunstancias excepcionales». Además, el ejemplo sueco parece contagiar ahora a algunos de sus vecinos más cercanos como Noruega o Finlandia. Vid. <http://www.hslda.org/hslinternational/Norway/201206110.asp> y <http://www.hslda.org/hslinternational/Finland/201207170.asp>. (Consultadas el 25 de noviembre de 2012).

<sup>6</sup> STC 133/2010, de 2 de diciembre.

<sup>7</sup> Polonia legalizó el *homeschooling* en su Ley de Educación de 1991 (Ley de Educación n.º 95/1991); Rusia y Estonia lo hicieron en 1992 (Ley Federal de Educación rusa n.º 3266-1, de 10 de julio de 1992 y Ley de Educación de la República de Estonia RT 1991, 19, 192); y Hungría lo hizo parcialmente en 1993 (Ley LXXIX de 1993 de Educación Pública). Vid. Y. Kostelecká, «Home education in the post-communist countries: Case study of the Czech Republic», en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), p. 31. En Eslovenia la educación en casa es legal sólo en la etapa de educación primaria desde la Ley de Escuela Prima-

Sea cual sea la posición que se adopte en relación con la educación en casa, el discurso argumental propuesto siempre incluye, como si de un mantra se tratara, una referencia al *mejor interés del menor*. El Tribunal Constitucional español y el legislador Sueco apelan al derecho del menor a recibir la mejor educación posible para limitar el derecho preferente de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos. El Estado sabe lo que es bueno para el niño y no admite interferencias, ni siquiera de los padres, ni siquiera por razón de creencias religiosas o de otra índole, a la hora de moldear a las futuras generaciones.<sup>8</sup> Igualmente, el derecho del menor a la educación y su mejor interés están presentes en el discurso de aquellos que propugnan un *homeschooling* libre de cualquier tipo de control o supervisión estatal. En este caso son los padres quienes saben lo que es mejor para el menor y rechazan que el Estado tenga ningún interés o derecho sobre la educación de sus hijos, eludiendo el debate acerca de la indiscutible dimensión social de la familia y de la formación de los menores de edad.<sup>9</sup>

Frente a concepciones preconcebidas y estáticas de lo que sea el mejor interés del menor, que abocan a soluciones extremas, la realidad legal y jurisprudencial nos enseña que si algo caracteriza al concepto jurídico del *favor minoris* es precisamente su deseable indeterminación, su adaptabilidad al caso concreto e individual.<sup>10</sup> La búsqueda de esa concepción dinámica del interés del menor podría de hecho constituir el punto de partida común para el necesario ejercicio jurídico de intentar conjugar las dimensiones individual, familiar, social e institucional presentes en la educación en casa. Una concepción que, como demuestra la variada experiencia europea, puede ser de gran utilidad a nivel legislativo, a nivel judicial y a nivel de la actuación ejecutiva de las autoridades sociales y educativas. Una concepción que, a la postre, parece revelarse más respetuosa con los derechos fundamentales implicados en la educación, que es de lo que se trata.

Y esa es precisamente la finalidad de este trabajo, hacer una reflexión acerca de la operatividad del concepto del mejor interés del menor a la hora de configurar un sistema de educación en casa que resulte en un adecuado equilibrio de la *trias pedagógica*: menores, padres, Estado.<sup>11</sup>

---

ria de 1996 (ZOsn-UI, st. 8/06, 102/07); mientras que en Eslovaquia la educación en casa fue legalizada por la Ley Nacional de Educación de 22 de mayo de 2008 (Ley n.º 245/2008). Letonia y Lituania también admiten fórmulas de educación en familia. Vid. <http://www.hslda.org/hslinternational/default.asp> (Consultado el 25 de noviembre de 2012).

<sup>8</sup> En relación con Suecia, <http://www.cbn.com/cbnnews/world/2012/April/Swedish-Home-Schoolers-Flee-Parental-Inquisition/> (Consultado el 25 de noviembre de 2012).

<sup>9</sup> Esa importancia social de la familia queda claramente reflejada en la reciente Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2012 sobre el Programa para el Cambio: el futuro de la política de desarrollo de la UE, que en su punto 15 «[s]ubraya la importancia de la solidaridad entre generaciones; a este respecto, invita a la Comisión a adoptar la integración de la dimensión familiar como principio rector universal para la consecución de los objetivos de desarrollo de la UE.» (Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0386&language=ES>. Consultado el 25 de noviembre de 2012).

<sup>10</sup> Cfr. F. Rivero Hernández, *El interés...*, cit. en nota 551, pp. 54 y ss.

<sup>11</sup> *Trias pedagógica* es un concepto que se refiere a la relación constitucional que existe entre Estado, padres y menores basada en los derechos del niño y demás derechos humanos, y que implica obligaciones para el Estado y el fortalecimiento de las facultades de los padres. Vid. J.C.M. Willems, «What May Parents Be Asked to Pledge? The Convention on the Rights of the Child as a Source of Parental Duties and Responsibilities», en *Shared Pedagogical Responsibility*, VVAA, Antwerp, 2008, pp. 23 y 24. Del mismo autor, «Children's rights and the prevention of child abuse and neglect: the search for a trias pedagógica of children, parents and society», en *Violence in the domestic sphere*, VVAA, Antwerp, 2005, p. 170.

¿Cómo pretendo llevar a cabo esta labor? Pues bien, en primer lugar, haciendo una breve reflexión acerca de qué se entiende en el campo del derecho, y muy especialmente de los derechos fundamentales, por *interés preferente del menor*; y en segundo lugar, identificando el reflejo de esa búsqueda y defensa del interés del menor en cuatro ordenamientos europeos que reflejan algunas de las muy distintas sensibilidades que en materia de *homeschooling* conviven en Europa: Suecia, un país que recientemente ha optado por limitar extraordinariamente la posibilidad de educar a los hijos fuera de la escuela institucional tras haberlo admitido durante décadas; la República Checa, un país que después de varios años de experimento pedagógico ha admitido legalmente esta modalidad educativa que fue ilegal en la era comunista del estado educador monopolístico; España, un país en que el status jurídico de la educación en casa era hasta hace poco incierto y que se ha decantado finalmente por considerarla ilegal en tanto no exista una previa regulación legal; y por último Francia, un país con un modelo de educación en familia sometido a una intensa supervisión administrativa pedagógica y social. Haré por último una vista al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, necesariamente breve, y concluiré con unas escasas consideraciones finales que, espero, permitan trabar de manera coherente todo el conjunto.

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: *FAVOR MINORIS* Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

El concepto de interés superior del menor es a la vez resultado y co-artífice de la importante evolución que la institución familiar y el derecho de familia han protagonizado en Europa, y en general en el mundo occidental, en los últimos 100 años, y se ha convertido en paradigma del modo en que han de ser abordadas todas aquellas cuestiones que de modo directo afectan al bienestar de los menores de edad: adopción; régimen de custodia y visitas en situaciones de separación o divorcio de los padres; resolución de conflictos en casos transnacionales de secuestro por un progenitor; remoción de custodia en supuestos de abandono o negligencia; y, en general, cualquier aspecto que afecte a la efectiva realización de los derechos fundamentales del niño.<sup>12</sup> Se trata de un principio de alcance pluridisciplinar y de contenido mutable, susceptible de adaptarse casuísticamente a las necesidades individuales de los niños y que persigue, como objetivo último, que éstos logren un desarrollo integral que los convierta en adultos plenamente autónomos.<sup>13</sup> En definitiva, lo que se pretende a través de este concepto es el bienestar del niño en su sentido más amplio.

En el plano jurídico, como consecuencia de la generalización del criterio del *favor minoris* como el más importante principio inspirador y rector de cualquier normativa que afecte a la juventud y la infancia, el menor ha pasado de ser percibido como un mero

---

<sup>12</sup> Vid. *infra* nota 566. También, F. Rivero Hernández, *El interés...*, cit. en nota 551, pp. 23 y ss.; y J.M. De Torres Perea, *Interés del menor y derecho de familia*, Madrid, 2009, p. 17.

<sup>13</sup> M. Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial», en RGDCyDEE 19 (2009), pp. 10 y 11. La autora cita a su vez a M. Pérez Alonso, «La situación jurídica del menor en la LOPJM 1/1996 de 15 de enero, de modificación del CC y de la LEC: Luces y sombras», en *Actualidad Civil* II, 1997, p. 24.

sujeto pasivo sometido a padres, tutores o guardadores, a ser considerado primordialmente como protagonista de su propia vida<sup>14</sup> y titular de una pluralidad de derechos fundamentales cuyo adecuado desarrollo integral compete a una pluralidad de sujetos, incluidos los poderes públicos.<sup>15</sup> Así se deduce de la referencia al *favor minoris* que aparece recogida en el artículo 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, inmediatamente después de la definición de *menor de edad* y de la enumeración de las responsabilidades de padres y Estados en la realización de los derechos enunciados en la Convención: «[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 menor.»<sup>16</sup>

Por tomar como referencia un ordenamiento europeo que a la vez es el que a los lectores probablemente resulte más familiar, en España el concepto de mejor interés del niño aparece en los dos textos legales probablemente más relevantes, después de la propia Constitución, en lo que al cuidado de los menores se refiere: el Código Civil y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El artículo 154 del Código civil<sup>17</sup> introduce la noción de la prevalencia del bienestar de los menores, orientando el significado y finalidad de la institución de la patria potestad. Señala el artículo 154 del Código civil 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.» En este sentido, el interés prevalente del menor aparece íntimamente relacionado con el artículo 10.1 de la Constitución, y se identifica con su dignidad personal, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad. Por su parte, en conexión con el artículo 9.2 de nuestro Texto Fundamental, el primer inciso del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996<sup>18</sup> destaca como principio general que «[e]n la aplicación de la presente Ley primará el interés

<sup>14</sup> Por ello tal vez sea mejor hablar no tanto del *menor* sino de los *menores*, ya que no es lo mismo un niño de cinco años que otro de doce o dieciséis. Su madurez y su capacidad de intervenir y decidir sobre su propia vida son muy diferentes en las distintas etapas del crecimiento, y así lo reconoce el derecho. *Vid.* F. Rivero Hernández, *El interés...*, cit. en nota 551, pp. 116 y ss.

<sup>15</sup> M. Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad...», cit. en nota 563, p. 9. También, J. Zermatten, *The Best Interests...*, cit. en nota 551, pp. 2 a 4 y 9.

<sup>16</sup> No es este el único precepto de la Convención que recoge este concepto. Aparece igualmente en el artículo 9, relativo al derecho de los niños a no ser separados de sus padres; en el artículo 18, referente a las obligaciones de crianza de los progenitores; en el artículo 20, que prevé la atención por el Estado de los niños separados temporal o permanentemente de su medio familiar; en el artículo 21, dedicado a la adopción; en el artículo 37, encargado del delicado tema de los menores privados de libertad; y, finalmente, en el artículo 40.2.b (iii) relativo a la presencia de los padres en el tribunal en casos penales que afecten a menores de edad. También mencionan este principio el artículo 5 del Protocolo 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; el artículo 4 (b) de la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; el artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000; y el artículo 23 (2) de La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

<sup>17</sup> Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE 119 de 19 de mayo de 1981).

<sup>18</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE 15 de 17 de enero de 1996). Se ocupa del análisis del interés del menor en las normas civiles de protección jurídica, M.<sup>a</sup> C. Pastor Álvarez, «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica», en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 15 (1997), pp. 181-202.

superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», mientras que su artículo 11.2 señala como primer principio rector de la actuación de los poderes públicos «[l]a supremacía del interés del menor.»

Además de las características ya anticipadas del interés prevalente del menor como concepto mutable y netamente pluridisciplinar<sup>19</sup>, lo primero que se deduce de los preceptos mencionados anteriormente es que se trata sobre todo de un principio que vincula de manera directa a todos aquellos involucrados en el proceso evolutivo de la persona durante los años de su minoría de edad.<sup>20</sup> Compete y compromete en primer lugar a los titulares de la patria potestad —principalmente los padres—, de suerte que ésta se convierte en un oficio tuitivo que siempre ha de ejercitarse en beneficio de los hijos.<sup>21</sup> Se extiende igualmente a los poderes públicos, convirtiéndose en prioritario en su actuación tanto a nivel legislativo como judicial y ejecutivo.<sup>22</sup> En definitiva, podríamos hablar de una moneda de dos caras: mientras que los padres han de ejercer tanto la patria potestad como los derechos de los que son titulares en relación con sus hijos desde el respeto a los derechos fundamentales de éstos, son esos mismos derechos de los menores los que han de inspirar cualquier intervención —tuitiva o no— de los poderes del Estado,<sup>23</sup> de suerte que su adecuado desarrollo prevalezca sobre cualquier otra consideración.<sup>24</sup>

Si en un plano jurídico general el interés del menor se identifica con la promoción legal de las condiciones necesarias que le permitan su desarrollo integral como individuo y como ciudadano,<sup>25</sup> ¿qué se entiende o qué habría de entenderse por interés superior del menor en el campo de los derechos educativos? En principio debería identificarse con el derecho de los menores a recibir una educación que sea conforme con los estándares internacionalmente admitidos en relación con este derecho fundamental,<sup>26</sup> es decir, su derecho a recibir una formación que tenga por objeto el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.<sup>27</sup>

<sup>19</sup> Cfr. J.M. De Torres Perea, *Interés del menor...*, cit. en nota 562, p.14.

<sup>20</sup> Cfr. M. Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad...», cit. en nota 563, pp. 10 y 11.

<sup>21</sup> *Ibíd.* p. 6. En relación con la omisión a los padres que se aprecia en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, *vid.* J. Zermatten, *The Best Interests...*, cit. en nota 551, p. 9.

<sup>22</sup> *Vid.* R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2011, pp. 235 y ss.

<sup>23</sup> H. Van Crombrugge, «The Upbringing pledge as a framework for the parent-child relationship», en *Shared Pedagogical...*, cit. en nota 561, pp. 2 y 9; y J.C.M. Willems, «What May Parents...», en la misma obra, p. 17.

<sup>24</sup> Cfr. M.<sup>a</sup> C. Pastor Álvarez, «El interés del menor...», cit. en nota 568, p. 184.

<sup>25</sup> H. Van Crombrugge, «The Upbringing...», cit. en nota 561, p. 8.

<sup>26</sup> 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 contenido. Además, se trata de un derecho íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales, 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.» *Vid.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 11 E/C.12/1994/4. Cfr. J.A. Muñoz Arnau, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativa españolas*, Pamplona, 2010, p. 51.

<sup>27</sup> Artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el mismo sentido, el artículo 27.2 de la Constitución española de 1978 esta-

Por ello, en el campo de los derechos educativos el interés prevalente del menor presenta nuevamente una doble vertiente. De un lado, se erige en el principio en torno al cual ha de pivotar el ejercicio de las funciones educadoras de los padres, así como en el criterio de resolución de aquellos conflictos que se planteen entre el derecho de los padres a elegir preferentemente la educación de sus hijos y el derecho de éstos a recibir una formación que tenga por objeto su pleno desarrollo intelectual y moral. De otro, es un paradigma de actuación de los poderes públicos que les exige no sólo poner a disposición de los menores los instrumentos necesarios para tener acceso a una educación básica obligatoria y gratuita orientada a desplegar la plenitud de su personalidad,<sup>28</sup> sino además, tal y como ha insistido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a garantizar un sistema educativo que respete el derecho preferente de los padres a escoger la educación de sus hijos<sup>29</sup> y que no aproveche el interés social del Estado en la educación para realizar una labor de adoctrinamiento<sup>30</sup> hábilmente enmascarada en ocasiones bajo modernos eslóganes educativos<sup>31</sup> o incluso bajo el concepto de *factor de riesgo*.<sup>32</sup>

### 3. CUATRO MODELOS Y UN TRIBUNAL: SUECIA, REPÚBLICA CHECA, ESPAÑA, FRANCIA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

No les descubro nada nuevo si les digo que en Europa, como cabe esperar en un continente en el que conviven muy diversas sensibilidades en materia de educación, el panorama legislativo en materia de *homeschooling* es muy variado.<sup>33</sup> Mientras que en Irlanda, Finlandia o Dinamarca la educación en casa está prevista de un modo u otro en sus respectivas constituciones,<sup>34</sup> en Alemania no sólo no está permitida sino que se persigue activamente a los padres que optan por ella.<sup>35</sup> En otros países como Bélgica,

---

blece que «[l]a 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.»

<sup>28</sup> Artículo 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «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. [...]»

<sup>29</sup> Artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

<sup>30</sup> *Vid. infra* epígrafe II. 5.

<sup>31</sup> En este sentido, algún autor reflexiona acerca de cómo atractivos eslóganes educativos aparentemente fundamentados en el interés de los menores, no son sino reflejo de ciertas concepciones político-filosóficas que se introducen en ocasiones en los sistemas educativos nacionales como pretendidos avances pedagógicos, cuando realmente no han sido suficientemente valorados ni testados. *Vid.* D. De Ruyter, «The Upbringing Pledge and the Flourishing of Teachers and Parents», en *Shared Pedagogical...*, cit. en nota 561, p. 87.

<sup>32</sup> J.M. De Torres Perea, *Interés del menor...*, cit. en nota 562, p. 23.

<sup>33</sup> *Vid.* M. A. Asensio Sánchez, «La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa», en *Laicidad y libertades* 6 (2006), p. 16; y 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.

<sup>34</sup> Así, el artículo 76 de la Constitución de Dinamarca; el artículo 42 de la Constitución de la República de Irlanda; y el artículo 16 de la Constitución de Finlandia de 1999.

<sup>35</sup> F. Reimer, «School attendance as a civic duty v. home education as a human right», en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), pp. 6-15; y A. T. Martin, «Homeschooling in Germany and the United States», en *Arizona Journal of International & Comparative Law* 27 (2010), pp. 228-248.

Portugal, Francia, Italia, Austria y Reino Unido, se admite legalmente la educación en casa sometida a ciertos controles, al contrario de lo que ocurre en Grecia, dos de los Cantones Suizos, Países Bajos, Bulgaria, Rumanía o Croacia, en los que la ley no reconoce la educación al margen del sistema escolar.<sup>36</sup>

### 3.1. *Hemundervisning* en Suecia

El 22 de junio de 2010, fecha de la promulgación de la reformada Ley de Educación de Suecia,<sup>37</sup> fue un día desafortunado para los defensores del *homeschooling* en este país. Tras varios años en que, pese a estar legalmente admitida, la educación en casa venía siendo sometida a una creciente represión por parte de las autoridades educativas,<sup>38</sup> la nueva norma ha venido a prohibir *de facto* cualquier modalidad de educación no oficial en este país escandinavo, al no contemplarla salvo en aquellos casos en que concurren «circunstancias excepcionales» entre las que no se incluyen de forma expresa las convicciones religiosas, filosóficas o morales de los padres.<sup>39</sup> Esta nueva situación legal, unida a los cada vez mayores obstáculos que las autoridades locales suecas ponían para la práctica de la educación en casa, ha llevado a algunas de las pocas familias que educan a sus hijos fuera del sistema educativo oficial a tomar la decisión de trasladar su residencia a zonas sueco-parlantes de la vecina Finlandia como las cercanas islas Åland o incluso a Francia o Canadá.<sup>40</sup>

Sin embargo, en un generalizado clima de rechazo a la no escolarización obligatoria, dos recientes sentencias de tribunales locales en Suecia —una primera en el famoso

<sup>36</sup> Vid. A.M. Redondo, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y «homeschooling»)*, Valencia, 2003, pp. 138-140 y <http://www.hslda.org/hslinternational/default.asp> (Consultado el 25 de noviembre de 2012).

<sup>37</sup> Ley de Educación de Suecia de 23 de junio de 2010 (Skollag; SFS 2010:800).

<sup>38</sup> La Ley de Educación de Suecia de 12 de diciembre de 1985 (Skollag; SFS 1985:1100) contemplaba la posibilidad de una educación al margen de la escolarización y sometida siempre a supervisión escolar en su Capítulo 10, artículos 4 y 5. Disponible en versión inglesa en <http://www.government.se/content/1/c6/02/15/138/11532b277.pdf> (Consultado el 26 de noviembre de 2012). Dicha posibilidad estaba supeditada a una previa autorización anual de las autoridades escolares que se otorgaba con carácter individual y que era revocable en cualquier momento, con efecto inmediato, cuando no se permitiese la supervisión de la formación de los menores o cuando cesasen las circunstancias que habían motivado la autorización. Vid. G. Francia, «Obligatoriedad y equidad en el sistema sueco», en *IV Seminario de Educación UAM. Educación: derecho universal y libertades individuales* (J. M. Valle, L. Toribio, dirs.), Madrid, 2010, p. 69. Disponible en <http://lissuu.com/proceX/docs/libroult>. (Consultado el 28 de noviembre de 2012).

<sup>39</sup> En efecto, la Ley de Educación de 2010 establece la obligatoriedad de la escolarización para cualquier niño que, estando en edad escolar, habite en territorio sueco salvo los casos expresamente contemplados en la ley (Skollag 2010:800, Capítulo 7, artículo 1). El periodo de escolarización obligatoria comienza el semestre de otoño del año en que el menor cumpla siete años (si bien este ingreso inicial en la escuela se puede retrasar un año cuando concurren circunstancias que lo justifiquen) y finaliza el semestre de primavera de noveno curso (Skollag 2010:800, Capítulo 7, artículos 10 y 12). En el caso de que unos padres deseen educar a sus hijos en el hogar, es preciso que soliciten autorización para ello justificando que se trata de una alternativa educativa viable, garantizando transparencia en la práctica de la misma y demostrando la concurrencia de unas «circunstancias excepcionales» no enumeradas ni definidas en la ley. Al igual que ocurría en la ley de 1985, la autorización tiene una validez anual y puede ser revocada con efectos inmediatos (Skollag 2010:800, Capítulo 24, artículos 23 y 24).

<sup>40</sup> Vid <http://familjekampanjen.wordpress.com/tag/aland-islands/> ; y <http://www.libertymagazine.org/index.php?id=1774> (Consultados el 28 de noviembre de 2012).

caso del niño Domenic Johansson en relación con la retirada de la patria potestad a los padres; y una segunda favorable a las pretensiones de la comunidad judía Chabad-Luvavitch— han vuelto a situar la cuestión de la educación en familia en el centro de atención de la opinión pública sueca.<sup>41</sup> Pese a lo conocido y mediático del caso Johansson,<sup>42</sup> voy a detenerme sin embargo en esta ocasión en la segunda de las sentencias mencionadas y que, sorprendiendo tanto a la comunidad *homeschooler* como a las autoridades suecas, ha permitido —al menos de momento— a unos padres judíos poder seguir educando a sus hijos menores de edad fuera del sistema escolar oficial atendiendo al criterio de su mejor interés.<sup>43</sup>

La comunidad judía Chabad-Luvavitch presente en Suecia, cuenta entre sus miembros con algunos padres que, por motivos religiosos, educan a sus hijos en casa mediante un programa de *homeschooling* a distancia que les permite inculcar a los niños una educación propiamente *yidish*. Una de las familias, la familia Namdar, había sido advertida en reiteradas ocasiones por las autoridades de Goteburgo de que sería objeto de severas multas por cada día que transcurriese sin que procediese a la escolarización de sus cinco hijos menores de edad. Iniciado el correspondiente procedimiento judicial, un tribunal de apelación de Goteburgo ha resuelto recientemente, en una decisión unánime de nueve páginas, permitir que la familia continúe educando a sus hijos en casa al admitir que sus convicciones religiosas puedan ser consideradas como «circunstancias excepcionales» según la ley de 2010, y lo ha hecho atendiendo al mejor interés de los niños, entrando a analizar y valorar la situación educativa y social —actual y potencial— de los menores.

Las reacciones a la sentencia no se han hecho esperar. En primer lugar, la diputada por el partido demócrata-cristiano (*Kristdemokraterna*) y miembro del parlamento sueco por la municipalidad de Goteburgo, Annelie Enochson, ha elevado al gobierno una petición de aclaración de la Ley de Educación de 2010 favorable a una relajación de las limitaciones impuestas por ésta a la educación en casa que podría, según los más optimistas, incluso conducir a una futura matización de la nueva regulación del *homes-*

---

<sup>41</sup> A modo de ejemplo, el artículo publicado por el periódico Metro: <http://www.readmetro.com/en/sweden/stockholm/20121130/> p. 25 (Consultado el 28 de noviembre de 2012).

<sup>42</sup> Domenic Johansson es el hijo de una pareja formada por una madre india y un padre sueco, al que se le impidió abandonar Suecia cuando se hallaba con sus padres a bordo de un avión rumbo a la India —país en que la familia tenía previsto establecerse de manera permanente— con el argumento de que el niño no había sido escolarizado por sus padres. En el momento de la intervención de las autoridades sociales de Gotland, el 26 de octubre de 2009, el niño contaba con 7 años y pese a estar en edad escolar, no había asistido a ningún colegio ya que sus padres habían optado por educarlo en casa de acuerdo con lo permitido por la Ley de educación sueca de 1985, habida cuenta de que el inminente traslado a la India le haría interrumpir en cualquier caso el curso escolar. Tras tres años de batalla administrativa y legal, durante los cuales el menor ha estado separado de su familia e internado en centros de acogida, en junio de 2012 un tribunal de distrito resolvió en contra de revocar la patria potestad de los padres. En la actualidad el caso está pendiente de ser revisado por el Tribunal Supremo sueco. Más datos del caso en <http://dominicjohansson.blogspot.com.es/> y <http://friendsofdomenic.blogspot.com.es/> (Consultados el 25 de noviembre de 2012).

<sup>43</sup> Dado que la sentencia es de mediados del mes de octubre de 2012, no ha sido posible tener acceso al texto oficial de la resolución, de la que ciertos fragmentos han sido reproducidos en distintos medios de comunicación y foros de internet. Vid. <http://www.americandailyherald.com/pundits/christopher-c-m-warren-y-http://lubavitch.com/news/article/20370511/Swedish-Court-Rules-in-Favor-of-Chabad-Lubavitch-Representatives.html> (Consultados el 28 de noviembre de 2012).

*chooling* en Suecia.<sup>44</sup> Por su parte, el gobierno ya ha interpuesto el correspondiente recurso de apelación contra la sentencia, poniendo de manifiesto que persevera en la intención manifiesta de la nueva regulación sueca de la educación en casa, y que no es otra que proteger a niños de familias inmigrantes que se hallaban en situaciones de absentismo escolar por motivos religiosos.<sup>45</sup>

Sin restarle valor a la preocupación real y legítima de un Estado a que desde opciones religiosas extremas se pueda conculcar el derecho a la educación de los menores, en particular de las niñas, bien privándoles de un grado de conocimientos adecuado, bien formándolos en unos valores que contradigan los principios democráticos de convivencia y derechos humanos, lo cierto es que la sentencia del caso de la familia Namdar pone de manifiesto la importancia y operatividad de una concepción adaptable y casuística del concepto del mejor interés del menor frente a concepciones monolíticas y preconcebidas que llegan incluso a vulnerar derechos fundamentales tales como el derecho del menor a la educación y el derecho de los padres a elegir para ellos una educación que sea conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas.

Veremos lo que depara el futuro a la convulsa situación de la educación en casa en Suecia. O utilizando un lenguaje cinematográfico, ...*continuará* ...

### 3.2. *Domáci vzdělávání* en la República Checa

La educación en casa continúa siendo una modalidad educativa muy incipiente en los países de la denominada Europa del este, y ha merecido hasta la fecha poca atención académica.<sup>46</sup> Un caso de estudio particularmente interesante entre los antiguos países del bloque oriental en cuanto al modo de aproximarse al *homeschooling* es el protagonizado por la República Checa.

Pese a que la educación en casa no era totalmente desconocida en el pasado no muy remoto del país, al haber estado permitida bajo la Ley Bohemia de educación de 1869,<sup>47</sup> lejos del reconocimiento legal temprano de fórmulas de *homeschooling* llevado a cabo

<sup>44</sup> *Motion* 2012/13:Ub223. Versión original en sueco disponible en [http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Hemundervisning\\_H002Ub223/?text=true](http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Hemundervisning_H002Ub223/?text=true). La petición se articula en torno a los siguientes puntos esenciales: 1. La importancia de fomentar las relaciones paterno-filiales en Suecia, no sólo por el indiscutible interés personal y familiar de las mismas, sino también en aras al interés social; 2. La importancia de no irrumpir y detener el estilo de vida de todo un concreto colectivo social; 3. El artículo 2 del Protocolo Adicional 1 al CEDH que reconoce el derecho de los padres a que el Estado, en la educación de sus hijos, respete sus convicciones religiosas y filosóficas; y 4. Una reflexión final acerca de que el derecho de los padres no debe impedir que la Ley sueca de educación se aplique a los niños educados en el hogar en lo que se refiere a la supervisión del currículo y a la realización de los pertinentes exámenes nacionales.

La misma diputada ya elevó en 2010 una moción al parlamento sueco en relación con la *hemundervisning* en la que expresaba su preocupación por la entonces en ciernes nueva Ley de educación: *Motion* 2010/11:Ub239 [http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Hemundervisning\\_GY02Ub239/?text=true](http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Hemundervisning_GY02Ub239/?text=true). (Consultados el 28 de noviembre de 2012). Vid. G. Francia, «Obligatoriedad y equidad...», cit. en nota 588, p. 70.

<sup>45</sup> Vid. <http://www.onenewsnow.com/education/2012/12/29/sweden-pursues-homeschoolers-again> (consultado el 1 de enero de 2013).

<sup>46</sup> Y. Kostecká, «Home education in the post-communist countries: Case study of the Czech Republic», en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), p. 30.

<sup>47</sup> Ley de Educación de Bohemia 62/1869. Vid. H. Hrusková, *Home Schooling in the Czech Republic with Regard to Teaching/Learning English*, 2006. Tesis doctoral de la autora disponible en <http://ldspace.upce.cz/>

por otros ordenamientos post-comunistas,<sup>48</sup> el legislador checo está siendo muy cauto y progresivo a la hora de introducir alternativas a la escolarización obligatoria. Mediante un sistema de pruebas experimentales previas a intervenciones legislativas, la República Checa está implementando un sistema de educación en casa que en la actualidad parece ir encaminado a fomentar un aumento de las opciones educativas puestas a disposición de los padres, acompañado de una posible disminución de controles estatales,<sup>49</sup> siempre desde la atención primordial al bienestar de los menores y a la efectiva realización de su derecho a la educación.

A finales de la década de los 90 del siglo pasado, y como consecuencia de la acción y actividad de grupos pro-*homeschooling* en el país, el Ministerio de Educación checo diseñó un experimento de instrucción en casa que habría inicialmente de durar cinco años, y que permitiría realizar un estudio de campo sobre una población específica de alumnos que cursasen los primeros cinco cursos de la educación primaria. La intención del experimento era la de buscar un modelo operativo de educación en el hogar, así como la de verificar empíricamente tanto los resultados obtenidos por los niños desescolarizados como los riesgos potenciales asociados a esta modalidad educativa.<sup>50</sup>

Iniciada en septiembre de 1998, la fase de experimentación estableció como primer mecanismo de control la obligatoria inscripción de los niños en una serie de colegios oficiales que serían los encargados de autorizar, controlar y valorar semestralmente la práctica de la educación en el hogar. Aunque los directores de los colegios autorizantes gozaban de una amplia autonomía para determinar los requisitos exigidos para la práctica supervisada de la educación en casa, la mayor parte de ellos prestaron especial atención al grado de formación académica de los padres, la funcionalidad de la unidad familiar, las condiciones en que se encontraban los espacios físicos utilizados como aulas, la calidad y cantidad de los materiales de trabajo, así como las posibilidades de socialización fuera de la unidad familiar a que tendrían acceso los niños. En algunos casos se requirieron adicionalmente informes médicos o emitidos por consejeros educativos y psicólogos.<sup>51</sup>

A la vista de los resultados del experimento llevado a cabo entre 1998 y 2003, el parlamento checo aprobó en 2004 una nueva Ley de Educación en la que, si bien no se menciona la «educación en casa», sí ha introducido el concepto de «educación individual» como modo alternativo de cumplir los objetivos previstos para los niños escolarizados en el sistema oficial.<sup>52</sup> En resumen, a día de hoy la educación en casa únicamente está globalmente admitida en el país durante los primeros cinco años de la educación primaria, mientras que su ampliación a cursos posteriores está siendo objeto de un segundo proceso experimental. Los padres que deseen ser aceptados como *homeschoolers* han de presentar ante la escuela de su elección una solicitud acompañada de los documentos que acrediten que los educadores de los niños han completado al menos el se-

---

*bitstream/10195/18603/1/D14978.pdf* (Consultado el 24 de noviembre de 2012). La ley permitía a los padres educar a los hijos en casa, siempre y cuando los estudios seguidos fuesen equiparables al currículo escolar.

<sup>48</sup> *Vid. supra* nota 557.

<sup>49</sup> *Vid. http://www.hslda.org/hslinternational/CzechRepublic/201201230.asp* (Consultado el 24 de noviembre de 2012).

<sup>50</sup> Y. Kostelecká, «Home education..», cit. nota 596, pp. 32 y 36 ss.

<sup>51</sup> *Ibid.* pp. 33 y 37; y H. Hrusková, *Home Schooling..*, cit. en nota 597, pp. 16-19.

<sup>52</sup> Ley checa de Educación n.º 561/2004 Coll.

gundo grado educativo, un informe realizado por perito educativo o psicólogo, así como información referente a los espacios físicos y recursos pedagógicos y materiales con que cuentan para instruir a los niños. Los menores son sometidos a dos controles pedagógicos al año, y los padres se comprometen a facilitar inspecciones *in situ* de los hogares.<sup>53</sup>

Como he anticipado, desde 2007 se está llevando a cabo en el país una segunda fase experimental que podría extender la opción de desescolarización hasta el noveno grado, con la particularidad de que en este caso el educador primario de los menores desescolarizados habría de estar en posesión de un título de educación superior.<sup>54</sup>

### 3.3. Educación en casa en España

Hasta la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, la situación legal de la educación en casa en España era, cuando menos, incierta. En ausencia de previsión legal específica,<sup>55</sup> jurisprudencia y doctrina se movían cautamente por *territorio ignoto*, supliendo esta falta de regulación con una interpretación conjunta de preceptos de muy diversa índole<sup>56</sup> aglutinados en torno al contenido y límites del derecho fundamental a la educación y al concepto del interés superior del menor.

En un ejercicio de simplificación, podemos apuntar dos tendencias en el modo en que nuestros tribunales de justicia se han aproximado al fenómeno de la educación en casa: Un sistema *casuístico* de ponderación en el que los órganos jurisdiccionales, par-

<sup>53</sup> Y. Kostelecká, «Home education ...», cit. nota 596, pp. 39 y 40.

<sup>54</sup> Vid. <http://www.hslda.org/hslinternational/CzechRepublic/201201230.asp> (Consultado el 24 de noviembre de 2012).

<sup>55</sup> Tal vez a excepción de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña, que en el último inciso del apartado 2.º de su artículo 55 parece abrir la puerta a la educación no presencial de enseñanzas obligatorias con carácter excepcional y bajo determinadas circunstancias. Vid. M.<sup>a</sup> J. Valero Estarellas, *Derechos educativos y homeschooling en España: Situación actual y perspectivas de futuro*, Trabajo de Fin de Máster. Máster en Derecho Público de la Universidad Complutense de Madrid (2010-2011) disponible en <http://leprints.ucm.es/15784/>, pp. 56 y 57 (Consultado el 21 de noviembre de 2012).

Por su parte, el Decreto 230/2011, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BALORA), prevé que aquellos padres que busquen proporcionar a sus hijos un modo educativo alternativo y no consigan la homologación del sistema pedagógico que han elegido, por no ser ésta posible, no serán objeto de intervención por parte de los servicios sociales. Texto disponible en [http://www.euskadi.net/cgi-bin\\_k54/bopv\\_42?c&f=20111212&a=201105937](http://www.euskadi.net/cgi-bin_k54/bopv_42?c&f=20111212&a=201105937) (Consultado el 21 de noviembre de 2012), p. 39.

<sup>56</sup> En primer lugar, el artículo 27 de la Constitución, dedicado a los derechos educativos, y que no hace referencia alguna a la posibilidad de los padres de poder optar por un modelo educativo alternativo al oficial, si bien enuncia el derecho universal a la educación y la libertad de enseñanza (apartado 1.º); la obligación de los poderes públicos de garantizar a los padres su derecho a «que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (apartado 3.º); y la libertad de creación de centros docentes (apartado 6.º). Así mismo, el artículo 154 del Código civil relativo a la patria potestad; el actual artículo 226.1 del Código penal relativo al delito de abandono de familia; el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor; el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (y los correlativos artículos de las anteriores leyes orgánicas reguladoras del derecho a la educación), y demás legislación autonómica y local aplicable en materia de educación y de bienestar social de los menores de edad.

tiendo de una concepción flexible del derecho a la educación, prestaban especial atención al interés del menor indagando en las consecuencias reales de la no escolarización en su asistencia moral o material; y un sistema *apriorístico* en el que el interés del menor se sigue identificando con su derecho a la educación, si bien se trata de un derecho a la educación más rígido que, sobrepasando la previsión constitucional, integra en su contenido esencial la obligación de escolarización.

Es paradigmática de la primera tendencia la reflexión del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de octubre de 1994 en el famoso caso de los «Niños de Dios»,<sup>57</sup> que partiendo de la afirmación de que en materia educativa «[n]o existe un modelo uniforme pero sí barreras que el legislador no debe permitir que se traspasen», sostiene que:<sup>58</sup>

«[L]as 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 diversos pero en ningún caso sobrepasar las líneas, necesariamente inmodificables, de los valores constitucionales.»

Y añade el Tribunal:

«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.»

En definitiva, el Tribunal Supremo en esta sentencia identificaba el interés del menor con su derecho a la educación y a recibir una formación dentro del marco constitucional, pero sin llegar a entender que dicha educación hubiese de ser satisfecha de forma exclusiva y excluyente por las instituciones escolares establecidas o autorizadas por el Estado.

El extremo opuesto lo ejemplifican la archiconocida sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010 y sus antecedentes: el voto particular del magistrado Vicente Gimeno Sendra a la también sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de los «Niños de Dios», y las sentencias de las anteriores instancias —el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín y la Audiencia Provincial de Málaga—.

<sup>57</sup> STS 1669/1994, de 30 de octubre. Esta sentencia resolvía en jurisdicción ordinaria el famoso caso conocido como los *Niños de Dios*. En 1990 las autoridades de Sabadell fueron alertadas de la situación de varios menores que vivían y eran educados en el seno de una organización religiosa que estaba siendo investigada por su posible consideración de secta. La intervención de los servicios sociales catalanes propició la escolarización de los menores y su declaración de desamparo, con la consiguiente retirada de custodia a los padres. Este caso terminó con la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo, así como un segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 260/1994, de 3 de octubre).

<sup>58</sup> STS 1669/1994, de 30 de octubre, F.J. 4.º.

En la sentencia que el Tribunal Constitucional pronunció en el caso «Niños de Dios», Gimeno Sendra sostuvo<sup>59</sup> que cuando la disyuntiva de si el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución consiste «en la total libertad de los padres para orientar [a los hijos] hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual o somática», o «en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente», genere un conflicto de intereses, la balanza ha de inclinarse necesariamente en favor de la segunda premisa. Opina pues este magistrado que el contenido del artículo 27.1 de la Constitución lo que contempla es un derecho del niño no sólo a ser educado, sino también a *ser escolarizado*, sin que la libertad religiosa o de conciencia ampare un derecho de los padres a eludir la obligatoriedad de la escolarización. Esta opinión fue acogida por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Coín, que afirmó que el legislador ha impuesto un indiscutible e incuestionable deber de escolarización que no permite siquiera entrar a valorar la situación social y educativa real de los menores, pese a que había quedado demostrado que éstos eran felices, que se trataba de familias estructuradas y modélicas en las que los padres se preocupaban por la educación y formación de sus hijos y que los menores contaban con aulas perfectamente habilitadas para el aprendizaje dotadas de varios instrumentos musicales.<sup>60</sup> La Audiencia Provincial de Málaga a su vez insistió en que en el concepto básico de educación está integrada la escolarización, ya que está sirve mejor al interés preferente del menor tanto durante el tiempo de su realización como en el futuro.<sup>61</sup>

Recurridas ambas resoluciones ante el Tribunal Constitucional, éste resolvió de forma definitiva la cuestión en su sentencia de 2 de diciembre de 2010 (Sentencia), denegado el amparo solicitado por los padres de los menores por una presunta vulneración del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución. Asienta el Tribunal su decisión en dos argumentos: el primero, que la imposición del deber de escolarización no llega a tener relevancia constitucional ya que los motivos alegados por los demandantes, al ser meramente pedagógicos, quedan fuera del ámbito de protección del artículo 27.3 de la Constitución,<sup>62</sup> el segundo, que aún cuando se hubiesen alegado motivos que tuviesen acomodo en el artículo 27.3, la imposición del deber jurídico de escolarización constituye un límite incorporado por el legislador constitucionalmente viable, ya que encuentra justificación en el contenido del artículo 27 de la Constitución y no restringe de manera desproporcionada el derecho de los padres en materia educativa.<sup>63</sup>

O lo que es lo mismo, el Tribunal Constitucional considera que el mejor interés del menor justifica una imposición del deber jurídico de escolarización con exclusión de otras alternativas educativas no institucionales que encuentren perfecto acomodo constitucional, aún cuando esto se haga a costa de limitar hasta el punto de «no ser completamente desconocido» un derecho fundamental como es el de los padres

---

<sup>59</sup> STC 260/1994, de 3 de octubre (*vid. supra* nota 607), Voto particular.

<sup>60</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coín, de 5 de mayo de 2003 FF.JJ. 1.º y 2.º.

<sup>61</sup> SAP de Málaga 548/2005, de 6 de junio, F.J. 5.º.

<sup>62</sup> STC 133/2010, FF.JJ. 5.º y 6.º.

<sup>63</sup> *Ibid.* F.J. 7.º.

sobre la educación de sus hijos.<sup>64</sup> Sostiene la Sentencia<sup>65</sup> que aunque la Constitución no exige asimilar *enseñanza básica obligatoria* con *escolarización obligatoria*, es precisamente ésta la que satisface «más eficazmente» un modelo de educación básica que tenga por objeto lo que inicialmente hemos identificado como el mejor interés del menor en el ámbito educativo: una formación que sirva al «pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.»

En conclusión, la sentencia de 2 de diciembre de 2010, ha resuelto el conflicto —en este supuesto, y según el relato de los hechos, parece que sólo aparente— entre el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y el derecho de éstos a ser educados, en favor de considerar que el mejor interés del menor se identifica con el derecho-deber de escolarización obligatoria. Incluso parece apuntar que, aún cuando la regulación legal de opciones educativas alternativas a la escolarización obligatoria podría resultar más conforme con el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos, el interés de éstos continuaría siendo mejor satisfecho mediante su asistencia a la escuela.<sup>66</sup>

### 3.4. *Instruction en famille* en Francia

El fallido intento del *Badman Review of Elective Home Education*<sup>67</sup> de iniciar en el Reino Unido una reforma legal que permitiese aumentar los mecanismos públicos de control de la educación en casa, ante el temor de que en algunos casos ésta no fuese sino una pantalla que ocultase situaciones de abuso, desamparo o incluso matrimonios forzados de menores<sup>68</sup>, sí prosperó en Francia a finales de la década de los 90 del siglo XX. En este caso, la preocupación social y del legislador galo por la efectiva realización del interés del menor se avivó como consecuencia de 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

---

<sup>64</sup> Es preciso recordar que, como señala Moreno Antón, la restricción de un derecho fundamental como el alegado por los padres sólo admitiría una limitación de orden público que superase el preceptivo test de proporcionalidad. Los padres carecen de un derecho ilimitado que les permita exponer a sus hijos a una educación que resulte ser lesiva para ellos, pero no es menos cierto que el daño de la acción educativa paterna y su colisión con su derecho a la educación sólo puede juzgarse sobre la base de riesgos concretos, no de meras amenazas o sospechas. Cfr. M. Moreno Antón, «Minoría de edad y...», cit. en nota 563 pp. 32 a 36. También 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), pp. 318 y 319. Da pistas en este sentido la STS de 30 de octubre de 1994, que indica en su F.J. 4.º cómo «[l]a intervención del derecho penal debe estar reservada para aquellos supuestos en los que las enseñanzas impartidas [por los padres] difunden ideas contrarias a la convivencia o al tolerancia, hacen apología de la violencia, promueven la discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos o favorezcan la prostitución o corrupción de menores.»

<sup>65</sup> Veremos más adelante cómo el Tribunal Constitucional hace suyos los argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la decisión de inadmisibilidad del caso *Konrad* c. Alemania. *Vid.* epígrafe 2.5.

<sup>66</sup> STC 133/2010, de 2 de diciembre, F.J. 8 b).

<sup>67</sup> *Vid. supra* nota 554.

<sup>68</sup> *Vid.* <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1123182/Home-schooling-cover-child-abuse-sexual-exploitation.html> (Consultado el 19 de noviembre de 2012).

oficial, se ocupaban de la formación de niños<sup>69</sup>. El 18 de diciembre de 1998, con la promulgación de una ley dirigida precisamente a reforzar el control de la obligación escolar<sup>70</sup>, se inició un cambio legislativo que ha hecho que, en la actualidad, y tras las últimas reformas legales operadas en 2007<sup>71</sup>, la *instruction en famille* o à domicile continúe siendo legal pero sometida a un doble sistema de control social y pedagógico por parte de los poderes públicos.

La ley de educación francesa (*Code de l'éducation*) establece la obligatoriedad de la instrucción para ambos sexos entre los seis y los 16 años<sup>72</sup>, y aunque declara que la instrucción obligatoria se garantiza prioritariamente en las escuelas, admite igualmente tanto la educación a distancia como la llevada a cabo en casa bien por los dos progenitores, bien por uno de ellos o incluso por un tercero de su elección<sup>73</sup>. Las familias que desean educar a sus hijos en el hogar 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 cambio<sup>74</sup>. En cuanto a la educación en sí, el contenido curricular de la enseñanza se determina por decreto<sup>75</sup> 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 familia y que se ajusta a los fines de la educación prescritos en el propio *Code*<sup>76</sup>.

En definitiva, se trata de un sistema que ha permitido conjugar —sin estar exento de polémica, sobre todo en lo que se refiere al intenso control pedagógico que se ejerce sobre las familias<sup>77</sup>— el interés social por el bienestar efectivo de todos los menores de edad, el derecho de los padres a optar por modelos educativos no oficiales, y el ejercicio por parte

<sup>69</sup> Cfr. A. M.<sup>a</sup> Redondo, *Defensa de...*, cit. en nota 586, pp. 150 a 152; y I. Briones Martínez, «¿La escuela en casa o formación de la conciencia en casa?», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 3 (2003), pp. 13 y 14.

<sup>70</sup> *Loi n°98-1165 du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire.*

<sup>71</sup> *Loi n.° 2007-293 du 5 mars 2007.*

<sup>72</sup> Artículo L131-1 del *Code de L'éducation*.

<sup>73</sup> *Ibid.*, artículo L131-1-1 y 2.

<sup>74</sup> *Ibid.*, artículo L131-5.

<sup>75</sup> 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](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=86CF09E02904587B7D27495358FA5D85.tpdjo10v_2?cidTexte=JORFTEXT000020352741&categorieLien=id) (Consultado el 23 de noviembre de 2012).

<sup>76</sup> Artículos L131-10 y L-131-1-1 inciso primero del *Code de L'éducation*.

<sup>77</sup> En enero de 2012 se promulgó la última circular en materia de «*instruction dans la famille*», *Circulaire n.° 2011-238 du 26-12-2011* (El texto se puede consultar en el siguiente enlace: [http://www.education.gouv.fr/pid25535/bulletin\\_officiel.html?cid\\_bo=58902](http://www.education.gouv.fr/pid25535/bulletin_officiel.html?cid_bo=58902)). Dirigida a las autoridades encargadas de los controles a las familias que educan a sus hijos en el hogar, ha vuelto a generar una cierta polémica en cuanto al modo en que éstos se realizan. También han surgido propuestas de rebajar la edad de inicio de control a los tres años (*Vid.*

del Estado de sus funciones de supervisión y homologación. Los efectos de esta toma de posición que intenta —insisto, con sus errores y sus aciertos— conjugar los derechos y obligaciones padres y Estado desde una percepción dinámica y casuística del interés de los menores educados en el seno de sus familias, parecen estar siendo positivos. Y es que, 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 educación en familia y sectas parece estar disminuyendo<sup>78</sup> para dar paso a la creciente consideración de que la decisión de una familia de educar a sus hijos fuera del sistema público o privado no es sino manifestación del ejercicio de un derecho.

### 3.5. Un tribunal: *homeschooling* y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

He anticipado casi al inicio de este trabajo, que el concepto *mejor interés del menor* se identifica principalmente en el campo educativo con el derecho del niño a tener acceso a una educación acorde con una determinada concepción de este derecho fundamental, concepción cuyo alcance y contenido concreto estará necesariamente condicionado por el papel que en el proceso formativo tengan reconocidos padres y Estado. Así pues, la primera pregunta que se nos plantea a la hora de analizar el trato que modalidades no institucionales de educación han recibido por parte del Tribunal de Estrasburgo (TEDH), es cuál es la doctrina general desarrollada por éste en relación con el derecho fundamental a la educación y con los roles de los tres principales jugadores implicados: menores, padres y Estado.

En el ámbito del Consejo de Europa —que en la actualidad recordemos, abarca la totalidad de los países del continente a excepción de la Ciudad del Vaticano, Bielorrusia y Kazajistán—, tal vez lo primero que merece la pena hacer notar es que la formulación del derecho a la educación incorporada al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales (CEDH) de 1950 presenta notables diferencias respecto a la redacción adoptada por el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, particularmente en relación con el papel que padres y Estado desempeñan en la instrucción. Mientras que la Declaración de Naciones Unidas reconoce a los padres un «derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» y declara la obligatoriedad y gratuidad de la instrucción elemental,<sup>79</sup> el segundo inciso del artículo 2 del Protocolo Adicional 1 (PA) al CEDH<sup>80</sup> señala sim-

---

<http://www.lesenfantsdabord.org/hwp-content/uploads/2012/10/GA36-IEF-1.pdf>. Páginas consultadas el 23 de noviembre de 2012.

<sup>78</sup> En su último informe de 2009 al Presidente de la República (publicado el 7 de abril de 2010), la *Mission interministérielle de vigilance et lutte contre les dérives sectaires* (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. »

<sup>79</sup> *Vid. supra* notas 577, 578 y 579.

<sup>80</sup> Las dificultades que surgieron durante la fase de redacción del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 a la hora de hallar una formulación de los

plemente que «[e]l 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.»

Como puede apreciarse, el segundo inciso del artículo 2 PA, lejos de reconocer genéricamente a los padres un derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, lo que viene a establecer es un límite para la actuación del Estado en materia de educación, de modo que los menores queden salvaguardados de cualquier intento de las autoridades públicas de aprovechar las instituciones docentes como un instrumento para el adoctrinamiento ideológico de los niños.<sup>81</sup> Es más, el 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»,<sup>82</sup> 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»;<sup>83</sup> 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 nombre.<sup>84</sup>

Desde esta particular consideración del derecho de los padres a que la educación y enseñanza de sus hijos se haga conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, el TEDH ha tenido que entrar a conocer, en un importante número de casos, acerca del contenido material y del alcance de los derechos reconocidos en el artículo 2 PA.

---

derechos educativos satisfactoria para todos, hizo que finalmente éste no incluyera ningún artículo específicamente dedicado a estos. 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, que, como manifestación de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sólo puede ser objeto de aquellas restricciones que, según el apartado 2 del propio artículo 9 CEDH, estén «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.» Cfr. J. Martínez-Torrón, «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2 (1986), p. 475.

<sup>81</sup> Vid. J. Otaduy, *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, p. 6. (Disponible en <http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/Dossier/ciudadanal/JorgeOtraduy.pdf>. (Consultado el 22 de noviembre de 2012).

<sup>82</sup> 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 *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 24 (2008), p. 236.

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 153. También en A. Valero Heredia, *La libertad de conciencia del menor desde una perspectiva constitucional*, Madrid, 2009, pp. 35 y ss.; y M.<sup>a</sup> 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 RGDCyDEE 7 (2005), pp. 1 a 30.

Pero sin duda dos sentencias han sido especialmente relevantes a la hora de perfilar las líneas jurisprudenciales básicas que han marcado hasta hoy, siquiera con ciertas matizaciones, la interpretación que el TEDH ha hecho del artículo 2 del PA.<sup>85</sup>

En el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*,<sup>86</sup> 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 realizó una restrictiva interpretación del derecho reconocido por el artículo 2 PA a los padres a que el Estado, en el ejercicio de sus funciones en materia de educación, respete el 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 primordial de los progenitores de asegurar la instrucción sus hijos,<sup>87</sup> 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 educativo.<sup>88</sup> 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 CEDH,<sup>89</sup> 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, de modo que éste sólo ampara aquellas pretensiones que se justifiquen en un intento de adoctrinamiento por parte de los poderes públicos.<sup>90</sup>

Esta interpretación que el TEDH ha hecho del derecho de los padres sobre la educación de sus hijos es criticada, a mi entender con razón, por Martínez-Torrón, quien considera que supone una concepción excesivamente restrictiva de los derechos de los padres y de cuáles son los deberes del Estado en supuestos de objeción de conciencia.<sup>91</sup> En este mismo sentido se orientó el voto particular a la propia sentencia *Kjeldsen* formulado por

---

<sup>85</sup> En concreto la doctrina sentada en *Kjeldsen* ha sido recogida más recientemente por las sentencias de los casos *Hasan Zengin y Eylen Zengin c. Turquía* y *Folgero y otros c. Noruega*, aunque algunos autores creen apreciar en algunos matices contenidos en tales sentencias una cierta modificación en la doctrina hasta ahora mantenida por Estrasburgo. *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*, VVAA, Granada, 2008, pp. 132 y ss.; M.<sup>a</sup> 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*, VVAA, Madrid, 2008, pp. 180 a 182; y M. A. Jurdado y S. Cañamares, «La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Folgero v. Noruega*», en *Educación y religión...*, cit. *supra*, pp. 146 y ss. En general, Cfr. M.<sup>a</sup> J. Gutiérrez de 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.

<sup>86</sup> Sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

<sup>87</sup> *Ibid.* § 52.

<sup>88</sup> *Ibid.* § 51.

<sup>89</sup> *Ibid.* § 50. *Vid.* J. Martínez-Torrón, «Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *RGDCyDEE 2* (2003), pp. 13 y 14.

<sup>90</sup> *Ibid.* § 53.

<sup>91</sup> *Vid.* J. Martínez-Torrón, «La objeción...», cit. en nota 635, p. 123. Participa de esta opinión 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 *RGDC y DEE 19* (2009), p. 21. En desacuerdo, L. Martín-Retortillo Barquer, «Los padres tendrán...», cit. en nota 632, pp. 235 y 255.

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, sino que exige con carácter general que el Estado respete las convicciones de los padres en la educación de sus hijos, sin referencia alguna a la finalidad perseguida por la organización pública de la enseñanza.<sup>92</sup>

También ha entrado el Tribunal de Estrasburgo a valorar qué debe entenderse por los términos «respetar» y «convicciones religiosas y filosóficas de los padres» contenidas en el segundo inciso del artículo 2 PA. En *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*<sup>93</sup> el TEDH, que hubo de pronunciarse acerca del siempre controvertido tema de los castigos corporales a menores en los colegios británicos,<sup>94</sup> interpreta de 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 Estado.<sup>95</sup> 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, no sean incompatibles con la dignidad humana y que no se opongan al derecho fundamental del niño a la instrucción.<sup>96</sup>

A 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 casos contra Alemania —país en que el *homeschooling* no está permitido—, que se cerraron con sendas decisiones de inadmisibilidad: el caso *Leuffen*,<sup>97</sup> resuelto por la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos el 9 de julio de 1992; y el caso *Konrad*, de 11 de septiembre de 2006.<sup>98</sup> Pese a que ninguna de las decisiones de inadmisibilidad entra a fondo en la cuestión del *homeschooling*, lo cierto es que de algunos de sus pronunciamientos, unidos a la doctrina del Tribunal en materia de educación, se puede deducir un cierto posicionamiento del TEDH favorable a considerar la opción de educar a los hijos

<sup>92</sup> M.<sup>a</sup> J. Roca, «Deberes de los poderes...», cit. en nota 635, pp. 174 y 175.

<sup>93</sup> Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.

<sup>94</sup> 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 hijos. Cfr. L. Martín-Retortillo Barquer, «Los padres tendrán...», cit. en nota 632, p. 260.

<sup>95</sup> Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, § 37.

<sup>96</sup> Así lo destacan R. Sánchez-Ferriz y C. Elías Méndez, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio: experiencias comparadas*, Valencia, 2002, p. 217. La misma línea argumental seguida en *Campbell y Cosans* de que no toda opinión puede ser considerada convicción, será defendida también en las sentencias de los casos *Efstratiou c. Grecia* y *Valsamis c. Grecia*, ambas de 18 de diciembre de 1996, 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. Para un examen completo de estas dos sentencias, R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre...*, cit. en nota 572, pp. 254 y ss.

<sup>97</sup> Dec. Adm. n. 19844/92, de 9 de junio de 1992. En *Leuffen*, la demandante era una madre católica alemana que se negaba a escolarizar a su hijo insistiendo en educarlo ella misma en casa por entender que Dios le había dado la exclusiva responsabilidad y autoridad para formarlo. *Vid.* R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre...*, cit. en nota 572, pp. 263 a 265.

<sup>98</sup> Dec. Adm. n. 35504/03, de 11 de septiembre de 2006. En *Konrad* 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 casa como una cuestión sujeta a la mera discrecionalidad legislativa de los Estados, y por tanto, desvinculada del derecho reconocido a los padres por 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 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 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.

A estos dos argumentos centrales, *Konrad* añade un tercero especialmente relevante a la hora de intuir cuál es la concepción que el TEDH tiene de una educación que satisfaga el mejor interés del menor: el componente socializador. Y es que, junto con la adquisición de conocimientos, la Corte parece asumir como propia la opinión expresada por el Tribunal Federal Alemán de que la asistencia a la escuela también incorpora un elemento de integración social que se pierde en la educación en casa, toda vez que, además, el derecho de los padres a educar a sus hijos del modo que entiendan más acorde con sus convicciones no resulta desproporcionadamente limitado, dado que nada les impide formar a sus hijos fuera del horario escolar.<sup>99</sup>

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 las decisiones de inadmisibilidad de los casos *Leuffen* y *Konrad* parecen confundir estos dos conceptos, 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.

En conclusión, el TEDH concede a los distintos Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad a la hora de optar por el sistema educativo que estimen más

---

<sup>99</sup> 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 572, p. 247.

conveniente en cada momento, de modo que tanto sistemas de escolarización obligatoria como sistemas que contemplen opciones educativas alternativas que tengan el hogar como lugar de enseñanza tienen perfecta cabida bajo el artículo 2 PA y el CEDH. Por supuesto, esta discrecionalidad debe en cualquier caso respetar el pluralismo en la educación que pretende salvaguardar la segunda cláusula del Artículo 2 PA, pluralismo que se considera esencial para la conservación de una sociedad democrática en los términos establecidos en el CEDH. Sin embargo, la confusa interpretación del Tribunal acerca de cuál sea el contenido del derecho a la educación en relación con la escolarización, y la importancia que atribuye al elemento integrador que caracterizaría la educación institucional, parecen apuntar a un posicionamiento de la Corte de Estrasburgo favorable a entender que el mejor interés del menor en la educación pasa por recibir una instrucción que no sólo sea adecuada en la adquisición de conocimientos técnicos, sino que vaya además acompañada del componente socializador propio de la escolarización.

#### 4. CONCLUSIONES

El mejor interés del menor en el campo de la educación se identifica con el derecho del niño a recibir una instrucción que obedezca al desarrollo integral de su personalidad, en la que estén aseguradas una suficiencia de contenidos técnicos y una formación en valores democráticos que hagan de él un ser humano y un ciudadano pleno y autónomo. En la efectiva realización de este interés del menor en la educación están comprometidos todos los interesados e involucrados en el proceso madurativo y formativo de niños y jóvenes, especialmente los padres y el Estado.

En Europa, las diversas sensibilidades acerca de cuál sea el tipo de formación que hayan de recibir los niños y el modo en que dicha educación deba ser impartida, han tenido como resultado la implantación de muy diversos modelos en cuanto al tratamiento legal de opciones educativas no institucionalizadas: desde estados que las prohíben y persiguen a otros en que estas opciones están reconocidas en sus constituciones nacionales y se realizan sin una excesiva intervención de las autoridades públicas, pasando por todas las posibles fórmulas intermedias imaginables, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, siquiera de forma breve, a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, parece imponerse en Europa una creciente afirmación del monopolio del Estado en materia educativa a partir de una noción preconcebida y estática de lo que sea el mejor interés del menor, lo cual se traduce frecuentemente en una mayor dificultad para los padres a la hora de hacer valer sus derechos sobre la formación de sus hijos, ya sea en el contexto escolar, ya sea, muy particularmente, en los modelos educativos que se realizan al margen de él. Esta monolítica presencia del Estado en la instrucción formal de los menores se fundamenta en ocasiones en eslóganes educativos y sociales que resultan especialmente atractivos precisamente porque proclaman servir al mejor interés de los niños, y que sin embargo con frecuencia son manifestación de concretas ideologías político-filosóficas cuyos resultados y efectos han sido, además, insuficientemente testados.

Precisamente prevenir cualquier intento de adoctrinamiento de los menores por parte de un Estado que pretendiese, valiéndose de la educación, imponer una suerte de ética o religión civil y laica, es una de las principales preocupaciones del CEDH y, por lo tanto del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, junto a su loable acción de promo-

ción del pluralismo educativo, el Tribunal no ha avanzado en paralelo en un amplio reconocimiento de los derechos de los padres a elegir la educación que han de recibir sus hijos, más bien lo contrario. Su restrictiva interpretación del alcance los derechos parentales en la formación de los menores, unida al amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los Estados para organizar sus respectivos sistemas educativos y a la especial relevancia que parece otorgar el TEDH al elemento integrador o socializador presente en la escolarización para el interés de los niños, han contribuido a fortalecer la ya de por sí prevalente posición de un Estado que tiende a asumir un cada vez mayor protagonismo en la formación de las futuras generaciones de ciudadanos, olvidando la primaria responsabilidad que los padres tienen en la educación de sus hijos.

La deseable indeterminación apriorística de la noción de mejor interés del menor debería contribuir a una correlativa flexibilización de los sistemas educativos que les permita dar respuesta, de la forma más personalizada posible, a las necesidades pedagógicas y formativas de los niños. Esa flexibilización habría de pasar, en primer lugar, por evitar injustificadas o desproporcionadas restricciones del derecho preferente de los padres a decidir qué tipo de educación desean para sus hijos, que como fundamental que es, exige ser limitado únicamente por causas de orden público necesarias en una sociedad democrática —evitando caer en la tentación de equiparar la mera sospecha con la amenaza real, como parece haber sido el caso del Tribunal Constitucional español—. Pero esta flexibilización necesita igualmente de la matización, por parte de los padres, de posiciones maximalistas que nieguen cualquier tipo de competencia o interés del Estado en materia de educación, y que a la postre hacen de ellos los principales perjudicados de un poder público que recela de una educación no escolar impartida sin supervisión pedagógica o social.

Así pues, cualquier acción legislativa sobre educación en casa que atienda al mejor interés del menor y por lo tanto, sea respetuosa con su derecho a recibir una educación orientada al desarrollo integral de su personalidad, habrá de realizarse, en mi opinión, dentro de dos coordenadas base: primero, desde la mínima restricción posible de la libertad de conciencia de los padres, en su manifestación concreta de su preferente derecho de proporcionar a sus hijos una educación conforme a sus convicciones; y segundo, desde el reconocimiento de que el interés social —y por elevación, estatal— en la educación, justifica la atribución al Estado de una serie de facultades en este campo, principalmente relacionadas con la organización, supervisión y homologación del conjunto del sistema educativo, y cuyo ejercicio ha de estar presidido por ese *favor minoris* que ha de erigirse como criterio de modulación de toda la actividad educativa de los poderes públicos.

Puede que peque de optimismo, pero creo sinceramente que una aproximación a la educación en casa que tuviese como punto de partida la aceptación de estas dos coordenadas, podría llegar a producir resultados equilibradamente satisfactorios para todas las partes implicadas en el debate, y llegar a ser un cauce válido para lograr el compromiso que recoge la que es la sexta y última conclusión de las alcanzadas en el documento suscrito el día 3 de este mismo mes de noviembre en Berlín, en el marco de Primera Conferencia Global de Home Education: «[...] promover la diversidad y el pluralismo en la educación mediante la coordinación formal e informal, con el objetivo de hacer de la educación en casa una legítima opción educativa en cada país y un derecho de todas las familias y todos los niños.»<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> El texto final de la Declaración de Berlín de 2012 está disponible en <http://www.ghec2012.org/Declaration.pdf> (Consultado el 26 de noviembre de 2012).



**SEGUNDA PARTE**  
**APROXIMACIÓN A UN ENFOQUE PEDAGÓGICO**



# **DIVERSIDAD DE INTERESES Y NECESIDADES DE APRENDIZAJE EN UNA SOCIEDAD COMPLEJA Y CAMBIANTE: LA EDUCACIÓN EN EL HOGAR COMO POSIBILIDAD**

*María R. Belando-Montoro*  
Universidad Complutense de Madrid

Se ha hablado mucho en los últimos años, y desde diversas instancias, de la complejidad de esta sociedad cambiante, de los numerosos y diversos retos que ésta nos plantea a todos y desde todos los ámbitos, si bien, uno de los sectores desde los que debe ser estudiado con mayor detalle es el de la educación. Habría que preguntarse qué formación requieren los profesionales del mañana, qué conocimientos y qué habilidades son necesarias en una sociedad donde los frecuentes y rápidos cambios afectan las diversas profesiones, requiriendo nuevos trabajos y exigiendo, tal vez más que nunca, un notable grado de adaptabilidad por parte de todos y cada uno de los trabajadores. Pero es asimismo esencial preguntarse por la formación de todas y cada una de las personas, como hijo, como hermano, como pareja, como amigo, como ciudadano. La vida en la sociedad del siglo XXI —y quizá algunos años antes del inicio de este siglo—, afectada por la globalización y por los avances en comunicaciones, en tecnologías, en transportes, entre otros, ha traído cambios en nuestra forma de comportarnos con los demás y nuestra forma de relacionarnos, ha planteado cambios de conceptos, se han inventado nuevos términos para las relaciones personales, ha cuestionado —o ha reforzado en algunos casos— valores, y todo ello sigue en movimiento, sigue un proceso de transformación continua. Ante todos estos cambios, la educación debe ofrecer unas bases que ayuden a los más jóvenes a desenvolverse con éxito. Se trata, en definitiva, de que toda persona tenga la oportunidad de adquirir las competencias y aptitudes necesarias para participar plenamente en la vida social y laboral.

Este contexto suscita varias cuestiones, varios interrogantes como: ¿está el sistema educativo actual preparado para dar respuesta a todas estas necesidades? ¿Está ofreciendo la preparación adecuada a todas estas características, a todos estos nuevos planteamientos? ¿Está siendo capaz de adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad? ¿Es su estructura lo suficientemente flexible como para brindar trayectorias diferentes en función de la diversidad de necesidades de su alumnado? ¿Debe ofrecer opciones adaptadas a los intereses de las familias de los alumnos? ¿O sólo debe atender a las demandas sociales?

Si bien las características de la sociedad actual plantean constantes interrogantes al sistema educativo, exigiéndole cambios en busca de una mayor calidad y adaptación

a los tiempos, lo cierto es que los problemas que presenta la escuela no es un tema novedoso.

## 1. ALGUNOS APUNTES INTRODUCTORIOS EN TORNO A LA CORRIENTE DESESCOLARIZADORA Y EL MOVIMIENTO DE LA ESCOLARIZACIÓN EN EL HOGAR

A mediados de los años sesenta del siglo XX adquirieron cierta notoriedad una serie de autores y de movimientos que se plantearon la supresión de la institución escolar. Esta corriente crítica, denominada desescolarizadora, incluye diferentes tendencias pero todas ellas coinciden en su crítica a la educación escolar.

Las causas que originaron la aparición de las teorías de la desescolarización son muy diversas. Negrín Fajardo (2003)<sup>1</sup> recoge las más significativas: se requerían alternativas que afrontaran el pesimismo provocado por la crisis económica de los años setenta, la escuela había sido incapaz de eliminar las desigualdades sociales<sup>2</sup>, tampoco había logrado el acceso a todos los niveles de enseñanza independientemente del origen de los estudiantes, se puso en cuestión la eficacia de los estudios universitarios y las titulaciones para encontrar un empleo y la confianza en la tecnología que se planteaba como la alternativa a la escuela.

Todo ello llevó a una serie de intelectuales a desarrollar planteamientos críticos con la institución escolar y presentar alternativas. Entre los autores más representativos cabe destacar a Marshall McLuhan (1911-1980)<sup>3</sup>, Ivan Illich (1926-2002)<sup>4</sup>, Everett Reimer (1910-1998)<sup>5</sup>, Paul Goodman (1911-1972)<sup>6</sup> y John Holt (1923-1985)<sup>7</sup>. Negrín Fajardo (2003)<sup>8</sup> incluye asimismo a P.H. Coombs y a E. Faure<sup>9</sup> ya que, aunque no proponen la supresión de las escuelas, sí plantean la creación de una sociedad educativa mediante una pluralidad de medios (no sólo los tecnológicos, en los que se fundamentaban las alternativas de MacLuhan, Illich y Reimer).

En la tabla 1 recogemos las principales críticas, algunas aún en vigencia, realizadas a la institución escolar desde la corriente desescolarizadora, así como las alternativas que proponen los autores de estas corrientes. Santos Guerra (2007)<sup>10</sup>, en su exposición de las contradic-

<sup>1</sup> O. Negrín Fajardo. Las teorías de la desescolarización. En *Teorías e instituciones contemporáneas de educación*, de Negrín Fajardo, O. y Vergara Ciordia, J., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, pp. 127-157.

<sup>2</sup> Esta cuestión fue suscitada por el Informe Coleman (1966), en el que se concluyó que en el rendimiento final de los alumnos son más importantes los factores no escolares tales como la procedencia familiar de los estudiantes, la clase social y el entorno familiar que los factores escolares. Por tanto, la contribución de la escuela a la igualdad de oportunidades no era significativa.

<sup>3</sup> Cfr. M. McLuhan y E. Carpenter. *El aula sin muros. Investigaciones sobre técnicas de comunicación*. Barcelona, Ediciones de Cultura Popular, 1968.

<sup>4</sup> Cfr. I. Illich. *La sociedad desescolarizada*. Barcelona, Barral, 1995.

<sup>5</sup> Cfr. E. Reimer. *La escuela ha muerto*. Barcelona, Barral, 1973.

<sup>6</sup> Cfr. P. Goodman. *La des-educación obligatoria*. Barcelona, Fontanella, 1973.

<sup>7</sup> Cfr. J. Holt. *El fracaso de la escuela*. Madrid, Alianza Editorial, 1977.

<sup>8</sup> Ob. Cit.

<sup>9</sup> Cfr. E. Faure. *Aprender a ser*. Madrid, Alianza/UNESCO, 1973.

<sup>10</sup> Santos Guerra, M.A. (2007). *Escuelas fuera de la escuela*. En <http://asociacionolea.googlepages.com/laescuelafueradelaescuela.pdf> (consultado 9/08/2009).

ciones que tiene la escuela actual, incluye algunas de las cuestiones planteadas por los teóricos de la desescolarización<sup>11</sup>. También varias de las alternativas que dichos autores ofrecieron, continúan siendo citadas en documentos españoles y europeos. A modo de ejemplo, «La educación debe responder a las necesidades de las sociedades en constante cambio» y la «Importancia del aprendizaje permanente» las encontramos en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación<sup>12</sup>, en el Proyecto de Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de noviembre de 2001 «Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente» y en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente<sup>13</sup>.

**TABLA 1.** *Síntesis de las principales críticas y alternativas a la institución escolar desde la corriente desescolarizadora*

CRÍTICAS	ALTERNATIVAS
— Es antidemocrática	— Importancia de los medios de comunicación de masas y, especialmente, de la tecnología informática y audiovisual en la educación (son pedagógicamente más eficaces que la escuela).
— Es un agente de desigualdad social y económica	— La educación es función de toda la sociedad. Propuesta de la sociedad educadora/ciudad educativa.
— Ejerce represión sobre los niños	— Algunos autores proponen la supresión total de la escuela, otros apoyan la idea de complementar la formación con las diversas variantes de la educación no formal y de la educación informal.
— Es ineficaz	— Potenciar las actividades libres, espontáneas y creativas.
— Anula la libertad del niño	— Protagonismo del alumno en su propia formación.
— Hay una falta de comunicación entre profesor y alumno	— Los maestros aparecen como coordinadores, consultores, etc. de las actividades formativas. Pero también se propone que todo adulto pueda ejercer como educador.
— Promueve la competitividad	— La educación debe responder a las necesidades de las sociedades en constante cambio.
— Desconexión entre escuela y realidad	— Importancia del aprendizaje permanente.
— Es una institución deseducadora	
— Suprime la creatividad y la espontaneidad intelectual	
— Monopoliza el saber	

El modelo educativo de la desescolarización tuvo influencias en la práctica educativa a través del movimiento de la «escolarización en el hogar». John Holt fue el pionero

<sup>11</sup> Recogemos, a modo de ejemplo, los siguientes planteamientos de Santos Guerra (2007): «La escuela es una institución de reclutamiento forzoso que pretende educar para la libertad», «La escuela es una institución jerárquica que pretende educar en y para la democracia» y «La escuela es una institución pretendidamente igualadora que mantiene mecanismos que favorecen el elitismo».

<sup>12</sup> En el Preámbulo de la L.O.E. se lee: «se debe concebir la educación como un proceso permanente, que se desarrolla durante toda la vida (...) Hoy se sabe que las necesidades derivadas de los cambios económicos y sociales obligan a los ciudadanos a ampliar permanentemente su formación». Además, «la concepción de la educación como un aprendizaje permanente, que se desarrolla a lo largo de toda la vida» es uno de los principios de la educación (art.1). Y el artículo 5 está dedicado íntegramente al aprendizaje a lo largo de la vida.

<sup>13</sup> En este documento se reconoce que hay que dar prioridad a «proporcionar acceso a todas las personas, independientemente de su edad, a la educación permanente».

y referente de este movimiento que se inició en EEUU a finales de los años 70 y que se caracteriza porque las familias se convierten en protagonistas del proceso de enseñanza-aprendizaje.

El número de familias que han elegido este modelo de educación para sus hijos ha crecido en países como EEUU, Gran Bretaña o Francia en las últimas décadas. Este crecimiento parece apoyado por razones de eficacia, pues los niños escolarizados en el hogar logran mejores puntuaciones en los tests nacionales que los matriculados en instituciones escolares (Lyman, 1998<sup>14</sup>; Cogan, 2010<sup>15</sup>). Pero, sobre todo, este crecimiento está siendo favorecido en los últimos años por el apoyo que desde diversas instancias se está realizando para aumentar el potencial educativo de la Red, lo que ha supuesto un aumento considerable en la ampliación, diversificación y consolidación de la e-ducación.

## 2. LA EDUCACIÓN EN EL HOGAR EN ESPAÑA

En España no disponemos de cifras sobre el número de «escolarizados en el hogar», debido a su falta de reconocimiento legal y, consecuentemente, la ausencia de registros acerca de los niños *homeschoolers*, aunque existen varias estimaciones especialmente provenientes de las asociaciones españolas. En concreto, desde la Asociación para la Libre Educación se hace una estimación en torno a las 3000 familias<sup>16</sup>. En cuanto al perfil de estas familias, la realidad española muestra una gran diversidad: casos en zonas turísticas, con elevada presencia de ciudadanos extranjeros, núcleos urbanos de tamaño medio, pero también bastantes familias que viven en zonas rurales y que tienen un acceso difícil a los centros escolares.

Una cuestión que siempre aparece cuando se estudian estos casos es la del trabajo de los padres, ya que la dedicación a los hijos es, al menos visto desde fuera, exclusiva. Los casos de los que tenemos información son también variados, pues hay madres que han dejado su trabajo para dedicarse a sus hijos, otros han podido compaginar las dos dedicaciones (ya que el trabajo sólo les obliga a ausentarse de casa dos días a la semana, aproximadamente) y otros trabajan en el hogar (p. ej. *teletrabajo*).

En cuanto a la toma de decisión sobre esta forma de educar a sus hijos, algunos padres lo deciden tras algunos años de escolarización —del hijo mayor o de todos— en los que la experiencia no ha sido totalmente satisfactoria, y otros optan por esta vía cuando llega el momento de escolarizar a los niños. Diversas razones les llevan a pensar que la educación de los hijos es tarea de los padres y no del Estado, si bien predomina la desconfianza hacia el sistema educativo actual como medio ideal para la formación intelectual y para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades de sus hijos.

---

<sup>14</sup> I. Lyman (1998). *Homeschooling*. Back to the future? En *Cato Policy Analysis*, 294. En <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-294.html> (consultado 25/08/2012)

<sup>15</sup> M. F. Cogan (2010). Exploring academic outcomes of homeschooled students. En *Journal of College Admission*, 208, pp. 18-25.

<sup>16</sup> Según Laura Mascaró, presidenta de la Asociación para la Libre Educación, en una entrevista en es.radio y en Libertad digital en 2011, hay entre 3000 y 4000 familias y el doble de niños. Sin embargo, sólo 250 familias forman parte de dicha Asociación. En <http://madalen.wordpress.com/2011/03/01/la-entrevista-a-la-nueva-presidenta-de-ale/>

La perspectiva legal de la escolarización en el hogar en Europa varía mucho de unos países a otros. Según Petri (2001)<sup>17</sup> sólo en España, Grecia, los Países Bajos, Alemania y algunos cantones suizos no está permitido en la legislación, pero en la práctica sí se están permitiendo casos concretos. En nuestro país, está establecida por ley la obligatoriedad de la enseñanza escolar entre los seis y los dieciséis años (art.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). Sin embargo, en la práctica la educación doméstica es tolerada en algunos casos, aunque sin reconocimiento formal. La no asistencia a un centro educativo oficial contraviene normas de carácter administrativo, pero no tiene relevancia penal, por lo que en varias Comunidades Autónomas, la Fiscalía de Menores ha archivado las diligencias abiertas contra familias que habían elegido esta modalidad con el argumento de que no apreciaba abandono doloso ni falta de atención a los menores<sup>18</sup>. No obstante, resoluciones de diversos órdenes jurisdiccionales han puesto reparo a la admisibilidad de estas fórmulas en el ordenamiento educativo español<sup>19</sup>.

Como hemos señalado anteriormente, los casos españoles son escasos y, además, la acogida social y de los profesionales educativos no suele ser positiva. En el estudio llevado a cabo por Pérez-Díaz y otros (2001)<sup>20</sup>, se realizó una encuesta<sup>21</sup> a padres de alumnos de educación primaria o enseñanza secundaria obligatoria. La opinión sobre estas experiencias era negativa (sólo un 14% estaba a favor de permitir esta alternativa en España), aunque cuando se les planteó que estos niños pasaran exámenes para comprobar la homologación de sus conocimientos con los de los niños escolarizados, el porcentaje subió al 31%. Desde el ámbito académico quizá la crítica más dura ha sido la de Quintana Cabanas (1991), quien llegó a calificar la teoría de la desescolarización como un gran «disparate educacional»<sup>22</sup>.

En España la *Asociación para la Libre Educación* (ALE<sup>23</sup>), creada en 2002, tiene entre sus objetivos: defender el derecho de las familias a educar a sus hijos en su hogar, crear redes de apoyo entre estas familias y reclamar el derecho legal de esta opción educativa.

---

<sup>17</sup> A. Petri. Home education in Europe and the Implementation of Changes to the Law. En *International Review of Education*, 47 (5), 2001, pp. 477-500.

<sup>18</sup> Vid. *Diario Vasco.com*, 17-7-2008, *El País.com*, 17-7-2008 y <http://educacionlibre.org/inicimarc.htm>

<sup>19</sup> Vid. el blog de Madalen Goiria (<http://madalen.wordpress.com>), profesora de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco, en el que se incluyen sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.

<sup>20</sup> V. Pérez-Díaz, J. C. Rodríguez y L. Sánchez. *La familia española ante la educación de sus hijos*. Barcelona, Fundación La Caixa, 2001. En [http://www.fundacio.lacaixa.es/estudiossociales/vol05\\_es.html](http://www.fundacio.lacaixa.es/estudiossociales/vol05_es.html) (consultado 5/08/2009).

<sup>21</sup> La encuesta se efectuó sobre una muestra representativa a escala nacional.

<sup>22</sup> Es interesante el análisis que realizó Quintana Cabanas, hace ya más de veinte años, acerca de la teoría de la desescolarización: «Quizá lo menos desaprovechable de su aparición está en servir de síntoma indicador de esa tendencia actual a creer que la sociedad global puede educar con más eficacia que la escuela. Esa tesis descansa en una hipótesis optimista acerca de la naturaleza humana, la cual es vista como apta de por sí para lograr, sin esfuerzo y certeramente, el acceso al saber, a la capacidad y a los valores culturales». Cfr. J.M. Quintana Cabanas y otros. *Iniciativas sociales en educación informal*. Madrid, Rialp, 1991, p. 49.

<sup>23</sup> Su web (<http://www.educacionlibre.org/>) incluye, entre otros, información sobre la situación legal, su propuesta de reconocimiento oficial, enlaces a programas de radio y videos sobre educar en casa, un foro (sólo para los socios) y un blog en el que se recogen experiencias y noticias aparecidas en periódicos sobre la educación en casa. Anteriormente a la A.L.E., la asociación *Crece sin escuela*, en sus catorce años de existencia (1991-2005), promovió la práctica de la educación en el hogar en España. Es interesante visitar su web

Según la anterior presidenta de la ALE, A. Caballero, en España la educación en casa se puede realizar de dos maneras: a) dar de baja al menor en el centro educativo para que conste que son los padres los que asumen la responsabilidad de educar a sus hijos y b) cambiar al niño de centro e inscribirlo en uno a distancia. Con la primera fórmula pueden aparecer ciertos problemas ya que «Servicios Sociales realiza una entrevista a los progenitores, aunque *en el 95% de los casos archiva el caso* al comprobar que no existe *dejadez sino que es una opción de educación alternativa*. En el 5% restante, los casos llegan al Ministerio Fiscal, aunque, desde 2005, se han archivado todas las causas»<sup>24</sup>.

Las familias españolas que practican la educación en casa mantienen relación a través de los foros y en varios encuentros estatales al año<sup>25</sup>. Según algunas declaraciones, uno de los motivos principales que originaron y continúan fomentando la realización de estos contactos periódicos es la carencia de apoyo por parte de las Administraciones competentes.

### 3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA EDUCACIÓN EN CASA. LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA DECISIÓN DE LAS FAMILIAS *HOMESCHOOLERS*

Es difícil describir en unas líneas las razones que llevan a una familia a decidir involucrarse de pleno en el proceso de aprendizaje de sus hijos. En realidad, hay tantas razones para educar en el hogar, como familias practicando esta modalidad educativa. Sin embargo, algunos autores han hecho un esfuerzo por sintetizar las causas de esta elección.

Lyman (1998)<sup>26</sup>, tras el análisis de 300 artículos de periódicos y revistas sobre escolarización en el hogar, sostiene que son cuatro las principales razones que llevan a escoger esta práctica: insatisfacción con las escuelas públicas, el deseo de impartir valores religiosos libremente, excelencia académica y la construcción de vínculos familiares más fuertes.

En España, y según la asociación *Crecer sin Escuela* (boletín n° 16, junio de 2005), los motivos pueden ser de diferente índole:

**Pedagógicos:** madres y padres que consideran que los métodos utilizados en las escuelas y la propia estructura de las mismas no son adecuadas para el buen aprendizaje y desarrollo de los niños.

**Emocionales:** madres y padres respetuosos con los sentimientos de sus hijos que sufren y rechazan la asistencia a la escuela.

**Ideológicos:** madres y padres que están en desacuerdo con la visión del mundo que se da en los centros de enseñanza de manera solapada y también a través de otros niños (valores sexistas, consumistas, competitivos, etc.)

**Religiosos:** madres y padres que más que cuestionar el paquete informativo docente oficial, quieren transmitir unos valores para los cuales la escuela no les parece el marco apropiado.

---

(<http://www.crecersinescuela.org/>) que incluye, entre otros, el archivo de los boletines de la asociación publicados entre 1997 y 2005.

<sup>24</sup> Declaraciones de Azucena Caballero, expresidenta de la Asociación para la Libre Educación, a *Libertadbalear.com*, 12-5-2009. Cfr. en: <http://www.libertadbalear.com/?p=158179>

<sup>25</sup> En la web de la Asociación para la Libre Educación hay información (lugar, fechas, talleres, etc.) sobre los encuentros estatales.

<sup>26</sup> Ob. Cit.

Esta clasificación de la asociación *Crece sin Escuela* coincide notablemente con la conclusión de Lyman (1998)<sup>27</sup>, lo que nos lleva a considerar que los motivos expresados por las familias españolas no son diferentes a los enunciados en otros países. Sin embargo, las condiciones cambiantes según el país, especialmente el marco legal, hace que el desarrollo de esta educación sea diferente en ciertos aspectos.

Datos más recientes nos los aporta la encuesta realizada en 2009 por Carlos Cabo sobre el *homeschooling* en España, quien clasificó los motivos dados por las 114 familias que respondieron en las siguientes categorías:

**TABLA 2.** *Motivos alegados por las familias homeschoolers*

CATEGORÍAS DE MOTIVOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Pedagógicos	528	51
Socio-afectivos	64	17
Personales	109	11
Ideológico-políticos	48	8
Ético-morales	175	6
Socio-relacionales	86	5
Ideológico-religiosos	18	2
Total	1.028	100

Fuente: Cabo (2009)<sup>28</sup>

La gran cantidad y diversidad de motivos recogidos en el estudio de Cabo (2009)<sup>29</sup> se debe, especialmente, a que no suele haber una única causa de desescolarización, de hecho sólo el 4% de las familias encuestadas alegaron una única razón. La mayor parte de las familias fundamentaron su decisión en tres o cuatro de las categorías de motivos presentadas en la tabla anterior. Ahora bien, los motivos pedagógicos destacan notablemente del resto, lo que debiera llevar, tanto a las administraciones responsables del sistema educativo como a los diferentes profesionales que trabajan en él, a una reflexión y análisis exhaustivo que plantee mejoras para el conjunto del sistema.

En el caso que nos ocupa, los argumentos utilizados por las familias en la categoría pedagógica van desde la falta de una educación personalizada o la utilización no adecuada de los nuevos recursos educativos (principalmente los informáticos) hasta la actitud «pasota» de los profesores así como su insuficiente actualización profesional y su escasa implicación en la labor educadora<sup>30</sup>. Otras razones aducidas están relacionadas

<sup>27</sup> Ob. Cit.

<sup>28</sup> C. Cabo. Encuesta sobre el *homeschooling* en España. *El Homeschooling en España*. Sitio web de Carlos Cabo. 2009, En <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/index.htm> (consultado 28/08/2012).

<sup>29</sup> Ob. Cit.

<sup>30</sup> A este respecto, hay que tener en cuenta el hecho de la desvalorización social que están sufriendo los docentes. En el Informe mundial de la UNESCO «Hacia las sociedades del conocimiento», se advierte que «La profesión docente atrae cada vez menos a los jóvenes recién graduados porque no es objeto de suficiente respeto social ni se remunera convenientemente». Cfr. J. Bindé (dr.). *Hacia las sociedades del conocimiento: Informe mundial de la UNESCO*. París, UNESCO, 2005, p. 91.

En España, esto es cierto para prácticamente todos los estudios universitarios, aunque la matrícula en los estudios de magisterio sigue siendo notablemente alta.

con las conductas que se generan dentro del ámbito escolar (pérdida de curiosidad, egoísmo, falta de respeto, envidias, mentiras, falta de ganas de saber, habituación a estar rodeados de bullicio, entre otras) además de la crítica que estas familias hacen a la escuela porque está asumiendo cada vez más la función de guardería en detrimento de las tareas instructivas y educativas. Y esto último, con el consentimiento de los padres.

Creemos interesante —para ilustrar la clasificación de los motivos y, quizá, poder comprender mejor la decisión de estos padres— recoger a continuación algunas declaraciones —derivadas de otras fuentes— de familias españolas que educan a sus hijos en casa.

«Hábilamos luchado mucho por tenerlos, y ahora yo empezaba a sentir que era como una máquina de trabajar para cubrir sus necesidades materiales, una conductora que los llevaba al colegio y a las actividades y encuentros sociales; una cocinera, planchadora, cuidadora, etc., pero no era capaz de transmitir mis valores a mis hijos [...] Me empezaba a dar cuenta de que una parte del entorno de mis hijos, fuera del núcleo familiar, era un tanto nociva; que estaba haciendo mella en ellos y tenía más fuerza que nosotros» (Pérez, 2005, p.36)<sup>31</sup>.

«Fue más bien una decisión instintiva. Digamos que esto me parecía que era mi derecho, mi libertad, mi deber: poder estar junto a mis hijos en la aventura del aprendizaje, en su proceso de organizar y comprender el mundo [...] no veía bajo ningún concepto la necesidad de alejarlos de su familia; pensaba que los padres estamos aquí, con ellos, para guiarlos, para acompañarlos en todo mientras lo necesiten y, más tarde, para dejarlos libres» (Oprean, 2005, p.65)<sup>32</sup>.

«Después de ocho años de escolarización de la mayor y de cuatro años de la pequeña, entendimos que el aula no era el lugar apropiado donde nuestras hijas recibirían la atención especial que necesitan<sup>33</sup>. Nuestra decisión no fue a la ligera y se produjo después de pelear con la administración y exigir la atención especial que nuestras hijas, según la LOGSE, debían recibir [...] Entendimos que la formación de nuestros hijos es nuestra responsabilidad y tomamos la iniciativa. No queríamos que nuestras hijas pasasen a engrosar las estadísticas de niños superdotados con fracaso escolar» (Lara, 2005, p.77)<sup>34</sup>.

«Como somos jóvenes, aún creemos que podemos cambiar el mundo, por eso a nuestros hijos queremos educarlos con la paz, libertad, respeto e igualdad como valores principales; además de querer que sean personas de pensamiento libre y no se dejen manipular, para que cuando sean mayores puedan escoger el camino que ellos decidan, aunque no sea el que nosotros creamos mejor» (Boada Ferrer, 2005, p.96)<sup>35</sup>.

«No nos gustaba la rigidez con la que estaban formando a Hugo en el colegio y tampoco estábamos de acuerdo con la uniformidad y el trato poco personalizado que recibía. La educación en casa permite ser mucho más flexible y, por supuesto, adaptarte a los intereses y las capacidades de tus hijos» (M.J. Moreno, 2009)<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> M. A. Pérez. Un cambio en buen momento: de la escuela a la familia. En C. Ibarlucea Paredes (coord.) *Razones para educar en familia: testimonios de homeschooling en España*. Olivenza, Asociación Cultural Tremn, 2005, pp. 29-45.

<sup>32</sup> S. Oprean. El bilingüismo fue el principio. En C. Ibarlucea Paredes (coord.) *Razones para educar en familia: testimonios de homeschooling en España*. Olivenza, Asociación Cultural Tremn, 2005, pp. 63-74.

<sup>33</sup> Sus hijas son superdotadas.

<sup>34</sup> R. Lara. El placer de enseñar en casa. En C. Ibarlucea Paredes (coord.) *Razones para educar en familia: testimonios de homeschooling en España*. Olivenza, Asociación Cultural Tremn, 2005, pp. 77-79.

<sup>35</sup> P. Boada Ferrer. Mi experiencia. En C. Ibarlucea Paredes (coord.) *Razones para educar en familia: testimonios de homeschooling en España*. Olivenza, Asociación Cultural Tremn, 2005, pp. 93-96.

<sup>36</sup> Declaración recogida en un artículo del diario *Hoy* de Extremadura, 28-6-2009. <http://www.hoy.es/20090628/regional/homeschooling-colegio-casa-20090628.html> (consultado, 10/08/2009).

«Pensamos que en un aula, con 30 alumnos, el profesor está más pendiente de imponer disciplina que de sus intereses, y tampoco nos gusta que los programas giren en torno a la economía, a la competitividad» (F. Macarro, 2010)<sup>37</sup>.

Como puede verse, existe un alto grado de correspondencia con las críticas que, según hemos visto en la tabla 1, hicieron los teóricos de la desescolarización a la institución escolar, a pesar de que el contexto socio-histórico es diferente. Ejemplo de ello es la cuestión que algunos padres mencionan sobre la libertad del niño, así como sobre la creatividad y espontaneidad intelectual, las cuales —según dichos teóricos— son anuladas en los centros escolares.

Por otro lado, en gran parte de los testimonios que hemos podido conocer aparece un motivo central y es el de que estos padres están convencidos de que la educación de sus hijos es su responsabilidad. Hay que señalar también que, en muchos casos, la decisión se toma por no haber quedado satisfechos de la experiencia escolar con los hijos mayores; es decir, se trata de una reacción crítica. Además, se aducen las ventajas que estas familias consideran que tiene la educación en casa: la flexibilidad que lleva a una mejor adaptación de los métodos y ritmo de la enseñanza a las necesidades e intereses de cada niño, el fomento de la libertad personal, el contacto casi permanente con sus padres no sólo facilita la transmisión de conocimientos sino también el de valores y pautas sociales que no siempre son posibles en ambientes educativos más tradicionales, el favorecimiento de una interacción diversificada con miembros de su comunidad, etcétera.

#### 4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EDUCACIÓN EN CASA Y DIFICULTADES EN SU PRÁCTICA

Los problemas que presenta el sistema educativo formal son parte de los motivos alegados por las familias que practican la educación en casa. Ahora bien, esta modalidad educativa no es la solución a dichos problemas, de hecho no está exenta de críticas y de inconvenientes, algunos de los cuales ya han sido mencionados en un apartado anterior.

La investigación realizada por Cabo (2009)<sup>38</sup> sobre el *homeschooling* en España recoge dificultades manifestadas por los propios padres *homeschoolers*. Tres de los problemas están relacionados con la práctica educativa,

«El primero de ellos tiene que ver con el no disponer de referentes externos para valorar los progresos educativos de los niños. El segundo alude a la sensación de que sus hijos no avanzan en sus aprendizajes en la medida que ellos desearían. El tercero se refiere al sentimiento de culpabilidad que dichos padres experimentan al pensar que podrían estar privando a sus hijos de determinados contenidos imprescindibles o muy importantes para su formación» (Cabo, 2009)<sup>39</sup>.

Otros inconvenientes hacen referencia a cuestiones como: rechazo social (sobre todo, de sus familiares y amistades), soledad (debido al escaso número de familias *homeschoolers* y su dispersión geográfica), falta de recursos y de orientaciones didáctico-pedagógicas,

---

<sup>37</sup> Declaración recogida en un artículo del diario *El País*, 17-12-2010. [http://elpais.com/diario/2010/12/17/sociedad/1292540401\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/12/17/sociedad/1292540401_850215.html) (consultado, 28/08/2012).

<sup>38</sup> Ob. Cit.

<sup>39</sup> Ob. Cit.

agobios, incertidumbres, conciliación laboral, coste económico, falta de reconocimiento legal de esta modalidad educativa, saturación (por un dilatado contacto diario) y limitaciones para llevar a cabo actividades grupales del tipo bandas, corales o peñas, entre otras.

A estas dificultades que pueden generar obstáculos para una adecuada y completa educación, habría que añadir la imagen y la opinión social que se tiene de esta práctica<sup>40</sup> y que puede originar todavía más complicaciones tanto a las familias como a los niños *homeschoolers*. Además, y también desde fuera del ámbito del *homeschooling*, profesionales del ámbito de la educación y responsables de instituciones con competencias en educación, han presentado argumentos en contra de esta modalidad educativa y en apoyo al sistema educativo. Se pueden leer algunos de ellos en la siguiente tabla.

**TABLA 3. Argumentos en contra de la educación en casa y a favor de la escolarización como la mejor forma de educar**

ARGUMENTOS OFRECIDOS EN DOS ARTÍCULOS SOBRE HOMESCHOOLING DE LA VERSIÓN ONLINE DEL PERIÓDICO EL PAÍS (OCTUBRE DE 2008)
<ul style="list-style-type: none"> <li>• «Se trata de que coincidan edades distintas, culturas diferentes, gente con discapacidad, de otros países..., eso sólo lo puede dar la escuela» (Miguel Recio, ex miembro del Consejo Escolar del Estado).</li> <li>• « La institución escolar contribuye a que los estudiantes aprendan a vivir juntos, a respetarse, a ser solidarios, a construir sus propios valores mediante la reflexión y el encuentro con los valores de los otros. La educación en casa tiene el serio riesgo de perder esa posibilidad enriquecedora» (Álvaro Marchesi, catedrático de Psicología Evolutiva y Educación y ex secretario de Estado).</li> <li>• « No es lo mismo saber que saber enseñar, ningún padre tiene derecho a dar una asignatura de manera parcial a su hijo» (Arturo Canalda, Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid).</li> <li>• « Dentro del marco educativo existen centros con idearios distintos que garantizan la atención a la diversidad sin necesidad de educar en casa» (Javier Vidal, director general de Evaluación y Ordenación del Sistema Educativo del Ministerio de Educación).</li> <li>• « Vidal considera que permitir esta opción sería «muy difícil de controlar» porque habría que crear un sistema alternativo de seguimiento de esos alumnos.</li> <li>• « Tal vez no sea bueno que coincida año tras año la autoridad académica y la autoridad familiar» (A. Marchesi).</li> <li>• « En estos modelos hay una tendencia a la sobreprotección, el niño se tiene que caer en el patio, discutir con los compañeros..., una familia no puede suplir al profesor ni a los compañeros de clase» (A. Canalda).</li> <li>• « Los padres no pueden dar la educación que quieran a sus hijos porque no son de su propiedad; esa educación también compete a los poderes públicos y no puede ser un subterfugio para que los padres tengan carta blanca» (Íñigo Lamarca, Defensor del Pueblo vasco).</li> <li>• « La familia es una institución primaria y prepara bien para otras (la familia de destino, la parentela más amplia o la comunidad vecinal); la escuela es una institución secundaria y anticipa las características de otras no menos importantes: Estado, empresas, asociaciones...Por eso es derecho y deber. Derecho, más allá del genérico a la educación, porque hay aspectos de ésta que sólo la escuela puede garantizar. Deber, porque también es un derecho de toda la sociedad frente al individuo» (Mariano Fernández Enguita, Catedrático de Sociología) (*).</li> <li>• « La escuela es más que un proveedor de desarrollo personal: es un mecanismo de cohesión social» (M. Fernández Enguita) (*).</li> </ul>

Fuentes: [http://elpais.com/diario/2008/10/22/sociedad/1224626401\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/10/22/sociedad/1224626401_850215.html) y [http://elpais.com/diario/2008/10/22/sociedad/1224626402\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2008/10/22/sociedad/1224626402_850215.html) (\*)

<sup>40</sup> Cfr. el estudio llevado a cabo por Pérez-Díaz y otros (2001). También en la investigación realizada por Cabo (2009), las propias familias *homeschoolers* reconocían que el principal aspecto negativo de la educación en casa es la incomprensión de la sociedad, en la que incluyen también a la familia más cercana.

Una vez presentados algunos argumentos esgrimidos en contra del *homeschooling* así como las dificultades manifestadas por los padres *homeschoolers*, cabría preguntarse sobre las posibilidades que esta modalidad educativa tiene de llevarse a cabo, con las suficientes garantías, en España, así como sobre aquellas iniciativas que pudieran llevarse a cabo desde las administraciones educativas como apoyo a las familias y como control de la calidad del proceso educativo que se está llevando a cabo. Desde el ámbito académico se han propuesto una serie de requerimientos para los progenitores en aras de dicha calidad: competencia profesional, posibilidad real de lograr una conciliación familiar y laboral que permita esta práctica, desarrollo de «cualidades personales de sensibilidad y afectividad equilibrada, disposición, dedicación e intuición pedagógicas que aseguren algunas funciones educativas básicas» (Sotés, Urpí y Molinos, 2012, p. 67)<sup>41</sup>. Estas autoras se refieren, entre otras funciones, a la orientación de la progresiva autonomía del niño, el reconocimiento de la diversidad de características en cada hijo de modo que puedan adaptar su atención a cada uno de ellos, y la estimulación del progreso del niño. Todas estas condiciones pueden, sin duda, beneficiar a los protagonistas de esta educación pero esta propuesta podría completarse, por un lado, a través de una investigación que estudiara cuáles son las condiciones idóneas para la práctica del *homeschooling*, no sólo de los padres sino también del hogar y del entorno, y el modo de asegurar que dichas condiciones se cumplen.

## 5. CONCLUSIONES. SOBRE LA POSIBILIDAD, LA NECESIDAD Y LA PERTINENCIA DE ESTA MODALIDAD EDUCATIVA

Se ha abordado, en páginas anteriores, algunos de los problemas que presenta el sistema educativo. Hace unos años, se reparaba sobre ello en el Informe mundial de la UNESCO «Hacia las sociedades del conocimiento»:

«En muchos países, especialmente en los industrializados, la escuela tiene dificultades para encontrar su lugar en el ámbito social. Parece como si fuera a la vez demasiado cerrada y demasiado permeable. Permeable a violencias de todo tipo (verbal, física y social) que la afectan considerablemente y cerrada a contenidos y personas que debería integrar. Probablemente habrá que reinventar la escuela. Ha de ser un ámbito protegido y un escenario de relaciones privilegiadas, pero no debe convertirse en un espacio cerrado y aséptico» (Bindé, 2005, pp. 79-80)<sup>42</sup>.

Hemos querido recoger esta cita porque es una buena descripción de las preocupaciones actuales en torno a la escuela y refleja algunas de las críticas manifestadas por las familias *homeschoolers*. En parte debido a esta situación, aunque a ello se unen también circunstancias individuales y condiciones socioeconómicas, en el contexto eu-

---

<sup>41</sup> M. A. Sotés, C. Urpí y M. C. Molinos. Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *Homeschooling*. En *Estudios sobre Educación (ESE)*, número 22, 2012, pp. 55-72.

<sup>42</sup> Ob. Cit.

ropeo se está produciendo un fenómeno de abandono escolar prematuro que, en el año 2009, estaba afectando a un 14,4% de los jóvenes que tenían entre 18 y 24 años, cifra que estaba recogiendo grandes diferencias entre los Estados miembros<sup>43</sup> (Comisión Europea, 2011)<sup>44</sup>.

Esta panorámica del sistema educativo podría llevarnos fácilmente a apoyar, casi incondicionalmente, cualquier iniciativa educativa que pudiera solventar todos estos problemas. Pero, ¿existe algo así? ¿Es el *homeschooling* una opción válida? En España no lo es porque, hasta ahora, no tiene reconocimiento legal. Pero si lo tuviera, ¿Qué consideraciones habría que hacer para reconocerla como una opción válida?

Quizá, en primer lugar, habría que determinar en qué medida estos modelos responden a la percepción de una crisis en el sistema escolar y a un intento de superar sus deficiencias o, más bien, obedecen a fines de naturaleza distinta, como por ejemplo el intento de hacer a los hijos «rehenes» de las convicciones y de la cosmovisión de sus progenitores.

Por otro lado, y a pesar de los temores o desconfianza que esta práctica puede llegar a suscitar —quizá debido a un desconocimiento bastante generalizado—, el hecho es que hay niños que están siendo educados por sus padres y hay adultos que en su día fueron educados en casa<sup>45</sup> y que, según los casos que se conocen y ellos mismos han manifestado, no han sufrido ninguno de los problemas que se suelen señalar desde los sectores más críticos. Nos referimos a problemas de socialización y a dificultades para poder realizar estudios universitarios o para encontrar un empleo.

El debate podría situarse en los grados de responsabilidad y en la exclusividad, pues si lo que exigen los padres que defienden el *homeschooling* es asumir en exclusiva la educación de sus hijos e hijas, la pregunta sería, ¿qué derecho tienen esos padres en esa exclusividad? ¿La condición de padre conlleva un derecho a «todo» sobre su hijo? ¿Y qué hay del derecho de los hijos? Si los padres que practican *homeschooling* aducen que no les satisface la educación escolarizada, la respuesta podría ser que los niños escolarizados reciben también educación en su casa pues no están todo el día en el colegio, con lo que las carencias o excesos de una parte pueden ser paliadas por la otra. Sin embargo, un niño que está siendo exclusivamente educado en casa, ¿no está recibiendo una educación limitada o restringida? Considerando los argumentos de los padres *homeschoolers*, podría darse la opción, en primer lugar, de un control o supervisión del aprendizaje de estos niños. Ahora bien, ¿Quién tendría que desempeñar esta función? ¿Quién tendría que financiar la formación y la movilidad de estos expertos? Otra opción sería la de una flexibilización en los estudios, pero esta opción,

---

<sup>43</sup> España es uno de los tres países, junto con Malta y Portugal, con el índice más alto. Los datos del año 2011 sitúan los porcentajes en un 31% para los hombres y un 21,9% para las mujeres. Cfr. En EUROSTAT. *Basic figures on the EU*. Luxembourg, 2012. En: [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-GL-12-003/EN/KS-GL-12-003-EN.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-GL-12-003/EN/KS-GL-12-003-EN.PDF) (consultado 10/09/2012).

<sup>44</sup> Comisión Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Abordar el abandono escolar prematuro: una contribución clave a la agenda Europa 2020»*. COM (2011) 18 final.

<sup>45</sup> Es interesante conocer las experiencias de adultos que fueron educados en familia. En la obra coordinada por Ibarlucea Paredes (2005) se recogen algunos testimonios. Cfr. C. Ibarlucea Paredes, C. (coord.). *Razones para educar en familia: testimonios de homeschooling en España*. Olivenza, Asociación Cultural Tremn, 2005.

asimismo, requeriría de una planificación detallada y de unos profesionales que se ocuparan de llevarla a cabo. Se ha sugerido, para esta última opción, el uso de los recursos de la sociedad pero esto necesariamente tendría que ser coordinado y supervisado para comprobar si los objetivos propuestos se están cumpliendo y en qué medida, así como para adaptar las posibilidades del entorno a las necesidades concretas del niño o niña.

Sobre la cuestión del control ya nos pronunciamos anteriormente (Belando Montoro, 2009)<sup>46</sup>, arguyendo que estos niños debieran ser sometidos periódicamente a algún tipo de control educativo (además de psicosocial) por parte de expertos (los educadores de los Servicios Sociales Municipales, o quizá inspectores de educación<sup>47</sup>) para medir si su aprendizaje es completo y homologable al de los niños escolarizados.

El acceso a las opiniones y experiencias de las familias que han elegido esta forma de educar a sus hijos es, en la actualidad, relativamente fácil, a diferencia de lo que ocurría no hace tantos años. Esta información está recogida en formatos diversos, así como en programas de radio y televisión (ver Belando Montoro, 2010)<sup>48</sup>, pero carecemos de datos concretos, más allá de los que la ALE ha facilitado y sobre los que reconoce su parcialidad. Por ello, estimamos que son necesarios estudios independientes e investigaciones pedagógicas específicas sobre la modalidad de la educación en casa, que nos ayude a conocer cuál es la realidad española de los niños y las familias que practican esta modalidad educativa. También sería interesante realizar estudios longitudinales que permitan determinar si este tipo de educación produce en la vida adulta unos efectos distintos a los ocasionados por la escolarización y, si es así, identificarlos.

En todo caso, aunque se trata de una opción minoritaria, no se trata de casos puntuales ni de una elección pasajera, es decir, es una realidad en nuestro país y parece que lo va a seguir siendo en el futuro, por lo que se hace preciso regular esta modalidad educativa. Creemos que habría que reflexionar sobre si este tipo de enseñanza es asumible y, caso de serlo, en qué condiciones, con qué límites y con qué garantías. Igualmente, habría que establecer, como se expone en el Informe del Defensor del Pueblo (2006, p. 375)<sup>49</sup>, qué modificaciones normativas son necesarias para el reconocimiento en el ordenamiento educativo de la validez de esta fórmula educativa.

---

<sup>46</sup> M. R. Belando Montoro. El movimiento desescolarizador y la alternativa de la educación en el hogar. La práctica de esta modalidad educativa en España. En *La Escuela hoy. La Teoría de la Educación en el proceso colectivo de construcción del conocimiento*, de J. Hernández García, S. Molina Martín y M. Inda Caro (coords.), 2009, Ediciones de la Universidad de Oviedo, pp. 25-34.

<sup>47</sup> La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su artículo 153, recoge las atribuciones de los inspectores de educación e incluye un apartado en el que se lee: «Cualesquiera otras que le sean atribuidas por las Administraciones educativas, dentro del ámbito de sus competencias». Habría que analizar, en un trabajo más amplio, cuáles son esas otras atribuciones que los inspectores tienen en las diferentes Comunidades Autónomas y comprobar la posibilidad de incluir en ellas alguna referente a la modalidad de educación en casa.

<sup>48</sup> M. R. Belando Montoro (2010). Internet como recurso para facilitar el estudio de la «escuela en casa» (*Homeschooling*). En *Experiencias universitarias innovadoras en Educación Social*, de G. Domínguez Fernández, E. López Meneses, L.V. Amador Muñoz y M. Esteban Ibáñez (coords.), 2010, Sevilla, Mergablum. Universidad, pp.145-162.

<sup>49</sup> Defensor del Pueblo. *Informe anual 2006 y debates en las Cortes Generales*. Madrid. En: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/INFORME2006informe.pdf> (consultado 8/09/2012).

Parte sustancial de ese debate debiera dedicarse a determinar si cabe establecer sistemas que permitan la transferencia de menores en edad escolar entre los dos modelos educativos, dado que, de no resultar esto viable, tendría que considerarse la irrevocabilidad del modelo como un factor a tener especialmente en cuenta con vistas a asumirlo o rechazarlo.

Por otra parte, se ha aducido la satisfacción de los propios padres así como de los niños. Esa es una dimensión que debiera ser tomada en cuenta, pero para darla por cierta requeriría también la realización de análisis independientes que la confirmaran, cosa que hasta el momento no hemos encontrado (Belando Montoro, 2009)<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Ob. Cit.

# EDUCAR PARA SER PERSONAS. LA OPCIÓN DEL *HOMESCHOOLING*

*Laura Bujalance Fernández-Quero*

Facultad de Educación. Universidad Internacional de La Rioja

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que en el artículo 27 de la Constitución Española se reconociera la educación como un derecho para todos, los debates en torno a en qué consiste dicho derecho y cómo ha de ser garantizado han sido constantes. Especialmente éstos se han centrado en qué instituciones han de ser las garantes directas de este derecho, en qué medida su intervención a veces va más allá de lo que supone garantizar ese derecho, y otra serie de aspectos relacionados con el hecho de que la educación sea un ‘derecho’. No obstante, no podemos olvidar que lo que es un derecho es la ‘educación’ y, por tanto, tan claro se ha de tener el qué es educar como qué significa que sea un derecho. Es verdad que el tema «qué es educar» es un asunto que en el ámbito académico de la Educación también se ha tratado extensamente. Pero es un debate que se ha centrado especialmente en el cómo educar y la excelencia en la educación.

El derecho a la educación nos habla de que la educación ha de ser para todos, pero también es importante que dicha educación sea una *buena educación* para todos ellos. Por lo general, se considera que una buena educación es a lo que en la actualidad se suele hacer referencia con los términos «educación de calidad» o «excelencia educativa». Tanto con las auditorías en los centros educativos, como con la creciente aplicación de modelos de calidad estándar como las normas ISO 9001 en dichos centros, la búsqueda de la calidad se ha ido postulando como uno de los temas centrales del debate educativo.

Por lo general, dicha calidad ha sido considerada en términos de civismo, como se recoge en el preámbulo de la LOGSE cuando se afirma que la formación «ha de ir dirigida al desarrollo de su capacidad para ejercer, de manera crítica y en una sociedad axiológicamente plural, la libertad, la tolerancia y la solidaridad»; del desarrollo de los individuos tal y como indica la LOE al señalar que los fines de la educación de los individuos serían «construir su personalidad, desarrollar al máximo sus capacidades, conformar su propia identidad personal y configurar su comprensión de la realidad, integrando la dimensión cognoscitiva, la afectiva y la axiológica» (Preámbulo de la LOE);

o de la empleabilidad como se indica en el Preámbulo del anteproyecto de la LOMCE cuando se afirma que «mejorar el nivel de los ciudadanos en el ámbito educativo supone abrirles las puertas a puestos de trabajo de alta cualificación».

Si bien todos estos aspectos son fines que se logran mediante la educación, sin entrar en el tan candente debate acerca de cuál de estos fines es el primordial y cuál es el derivado, conviene señalar que, antes incluso que cualquiera de estos fines, hay un fin anterior que se deriva *directamente* del hecho de la educación. Este fin no se deriva del qué sea educar, ni del cómo se haya de educar, ni de quién haya de educar y, ni tan siquiera, del hecho de que sean todos los que tengan derecho a la educación, sino de algo crucial que tiene lugar en el hecho educativo que es «qué se educa», o de de un modo más preciso «a quién se educa».

Lo que se educan son *personas*, dicho de un modo más correcto, a *quienes* se educa es a personas. Por tanto, ese «todos» que tiene derecho a la educación es un «todos» compuesto de personas. Por tanto, el primer indicador de la calidad de la educación ha de ser el, de hecho, que sea una educación por y para personas: una educación que se corresponda con el hecho de que las personas somos alguien.

Puede llamar la atención que se haga hincapié sobre este hecho que, en un primer momento, parece obvio (todos tenemos claro que la educación no es para plantas). Sin embargo, este hecho solo es obvio si qué significa ser persona es algo obvio, aspecto que, a tenor de los debates de política, sociología, bioética, etc. que constantemente nos asaltan, parece no serlo. No obstante, no por ello deja de ser es un aspecto crucial. Una educación de calidad, una buena educación, no puede ser otra que la que se corresponda con lo que las personas son. Todos los demás fines de la educación de calidad (el desarrollo del individuo, el civismo, la empleabilidad, o lo que la próxima ley determine), son adecuados a la educación tanto en cuanto hacen referencia a rasgos del «ser persona».

## 2. LA PERSONA COMO SUJETO DE LA EDUCACIÓN

Si bien todos los seres humanos compartimos una misma naturaleza<sup>1</sup>, no todos somos la misma persona. Cada uno somos un quién distinto. Por eso es tan difícil determinar qué es ser persona. Así, de esta dificultad proceden muchos debates en torno a este concepto. No obstante, tal como se acaba de afirmar, *ser humano* no es lo mismo que *ser persona*. Por este motivo, no podemos contentarnos con una profunda comprensión desde los campos de la psicología, la sociología, la antropología, etc., de qué sea la naturaleza humana en relación con lo que debe ser una educación de calidad. Para que la educación sea verdadera educación se han de tener en cuenta, además, los rasgos propios y exclusivos del *ser persona* y, por tanto, se ha de profundizar también en la comprensión de estos rasgos, aunque hacerlo no esté exento de dificultades.

¿Es la opción del *homeschooling* una opción educativa válida? En este contexto, para determinar la validez de esta opción educativa es fundamental establecer si el

---

<sup>1</sup> El concepto de naturaleza humana no está tampoco exento de polémica. Para no entrar en este debate que, ciertamente, desviaría del tema que estamos tratando, baste con tomar como ejemplo de lo que se puede considerar como naturaleza de los seres humanos lo que la LOE denomina como dimensiones «cognoscitivas, afectivas y axiológicas» de un individuo.

*homeschooling* es una opción que lleva a cabo una educación que atienda a todas las características del *ser persona*. Si es así, es una educación de calidad como cualquier otra educación que atienda a estos rasgos. Si no lo es, cualquier otro argumento en contra resulta irrelevante. Es más, si lo es, cualquier argumento en contra que no se dirija a rebatir este hecho, resulta accidental, en el más estricto sentido de la palabra, es decir, sería un argumento dirigido a cuestiones derivadas de lo esencial (que se educa personas) y, por tanto, solucionable en último término, si se dieran las circunstancias adecuadas.

Entre los argumentos «accidentales» más extendidos en contra del *homeschooling* se encuentra el de la falta de control sobre lo que el niño recibe como educación en la opción del *homeschooling*. Este argumento es un argumento que pone de manifiesto algo que es posible que ocurra y que, si la educación del *homeschooling* es una educación de calidad, es algo que debería solucionarse mediante el control que se considerara pertinente en los casos en los que fuera necesario. En esta línea, otro argumento común suele ser la duda acerca de la preparación de los padres para llevar a cabo la educación de los *homeschoolers*. También este hecho es posible que ocurra, pero es algo que tampoco le resta nada a la calidad de la educación de la opción del *homeschooling*, puesto que, de darse el caso, la solución vendría por formar a dichos padres en aquellos aspectos que fueran necesarios. Como señala Hanna en su estudio «*Homeschooling Education: Longitudinal Study of Methods, Materials, and Curricula*»<sup>2</sup>, los datos que se recogieron en Pennsylvania para comparar las prácticas de *homeschooling* en 1998 y en 2008 indican que la mayoría de las carencias de tipo formativo, organizativo, logístico, de control, etc., que se habían detectado en 1998 habían sido solventadas en 2008. Por tanto, se puede considerar que los argumentos en contra del *homeschooling* en la línea de los aspectos que se han denominado «accidentales» son más bien argumentos en contra de determinados aspectos de la puesta en práctica del *homeschooling* y no de la opción del *homeschooling* como opción educativa *per se*.

¿Hay algún argumento que se dirija directamente a afirmar que la educación de la opción del *homeschooling* no se corresponde con el *ser personas*? Antes de contestar a esta pregunta, conviene detenerse en señalar cuáles son los rasgos de dicho *ser persona*.

### 3. RASGOS DEL SER PERSONA

Como se ha señalado con anterioridad, definir qué sea ser persona es una empresa muy paradójica, puesto que precisamente lo que diferencia la «naturaleza humana» del «ser persona» es precisamente el que «ser persona» implica la imposibilidad de ser explicado en términos de algo que es común a varios (es decir, la definición clásica de lo que es una «naturaleza») y, por tanto, de dar una definición de ello en sentido estricto. No obstante, sí que se pueden señalar los rasgos de las manifestaciones del «ser personal». Resulta especialmente interesante esta aproximación, la aproximación fenomenológica, ya que permite reflejar la realidad del «ser persona» sin entrar en los debates actuales sobre la explicación de dicho concepto-realidad.

---

<sup>2</sup> L. G. Hannah. *Homeschooling Education: Longitudinal Study of Methods, Materials, and Curricula*. En *Education and Urban Society*, número 44, septiembre de 2012, pp. 609-631.

Siguiendo al filósofo Max Scheler, que en su obra *El puesto del hombre en el cosmos* señala que la persona es «centro activo»<sup>3</sup>, nos encontramos con que la primera manifestación de la persona es la *actividad autónoma*. La persona siempre es acción, y una acción cuyo origen, en último término, reside en sí misma. Además, las acciones de la persona son acciones que ninguna otra persona va a realizar, puesto que cada persona es singular: como se ha señalado, todos somos seres humanos, pero cada uno es una persona distinta. Por tanto, otra manifestación de la persona es la *singularidad*.

Muchas de las acciones que realizan las personas no trascienden más allá de ellas mismas o, si trascienden, pueden no ser comunicables en todo su contenido, puesto que lo comunicable es precisamente aquello que otro puede comprender porque tiene parámetros para interpretarlo, y si un acto es singular, un acto propio solo de *una* persona difícilmente va a entrar en lo el ámbito de lo interpretable. En este sentido, ya sea porque la persona decide libremente que no trasciendan de ella ciertos actos, o ya sea porque la persona realizar actos singulares, existe una dimensión de la persona que es solo de la persona: la *intimidad*, otra manifestación del ser personal.

Los actos singulares de la persona y los actos singulares que se van originando en el ámbito de la intimidad de la persona son actos que, una vez se realizan en el mundo, constituyen una novedad. Son actos que no podrían ser realizados por ninguna otra persona y por tanto, lo que ellos añaden no puede provenir de nadie más. Es la manifestación que podemos denominar *creatividad*.

Todas estas manifestaciones hacen referencia a una manifestación denominada *dignidad*. Al ser singular, al ser sus actos unos actos insustituibles y actos que enriquecen, la persona tiene un «valor» que no tienen otros seres: tiene una dignidad. Una dignidad que, en terminología del filósofo Robert Spaemann, ha de ser *reconocida*<sup>4</sup>. Por tanto, a pesar de los debates acerca de la dignidad de la persona como algo que se ha de conquistar, se puede hablar de la *dignidad* como una manifestación de la persona porque, por derivarse directamente del *ser persona*, no es algo que se haya de conquistar sino que es una manifestación de su ser propio: en todo caso, lo que se ha de conquistar es su reconocimiento.

Los argumentos en contra del *homeschooling* no suelen estar dirigidos a poner de manifiesto que esta opción educativa vaya en detrimento de cualquiera de estas manifestaciones. Que la singularidad o la intimidad se conocen y se dan en la propia familia mejor que en ningún otro ámbito es algo que es difícil poner en duda. La actividad tampoco parece conflictiva. Es más, en relación con la manifestación de creatividad, ya no solo es que no se ponga en duda, sino todo lo contrario, la *creatividad* suele ser considerada como uno de los distintivos de los *homeschoolers*. Sin embargo, sí que hay un argumento en contra del *homeschooling* que se dirige directamente contra una de las manifestaciones de la persona: la interacción de los actos de unos con los de otros, el ser-con-otros, la *sociabilidad*.

Como persona, se es social *per se*: el mero hecho de vivir se vive como *socializando* debido a la apertura inherente a las personas, al mundo y a los otros. Esto se pone de manifiesto, entre otras cosas, a partir del hecho de la comunicación que se ha mencionado. Es importante subrayar que la sociabilidad no es solo un valor para la propia persona sino que lo es también para la sociedad en sí. Al sociabilizar hay un enriquecimiento del otro y también de la sociedad ya que ésta se enriquece cuando cada uno aporta a ella

<sup>3</sup> Passim, M. Scheler. *El puesto del hombre en el cosmos*. Losada, 1938.

<sup>4</sup> R. Spaemann. *Personas. Acerca de la distinción entre «algo» y «alguien»*. EUNSA, 2000, 182-183.

aquello que solo él puede aportar. Siendo así, el salvaguardar el aspecto socializante de la educación es responsabilidad de los agentes que hayan de velar por la sociedad.

#### 4. LA SOCIABILIDAD EN LA OPCIÓN DEL *HOMESCHOOLING*

Si se realiza un sencilla búsqueda en internet con las palabras «argumentos en contra del *homeschooling*» (en este caso «arguments against *homeschooling*») los cuatro primeros resultados de webs que tratan de este aspecto ponen como primer argumento en contra el problema de la sociabilidad. En orden de aparición en la búsqueda, la web *Homeschooling Companion* sitúa en primer lugar «isolation»; la web <http://www.educateexpert.com>, el «lack of social interaction»; la web *ehow*, la «social interaction»; *Yahoo voices* menciona en primer lugar «socialization». Dado lo variopinto y divulgativo de estas fuentes, se puede entrever que el argumento de la socialización es un argumento común y extendido.

También es un argumento proveniente del ámbito de la comunidad educativa e incluso de la comunidad política. Y es legítimo que esto sea así puesto que, como se acaba de señalar, la sociabilidad es la manifestación de la persona que «enriquece» a la sociedad por la cual vela la comunidad política. Es más, en los acontecimientos de los 2 ó 3 últimos años de la historia de España, el fantasma de la no sociabilidad se ha presentado numerosas veces como forma de anti-civismo democrático. De ser así esto, la falta de socialización sería especialmente grave si, como se indica en la LOGSE, la educación tiene como fin primordial el civismo.

Dado que la fundamentación de la argumentación que sostiene que los *homechoo*lers tienen problemas de sociabilidad no se esgrime nunca desde la perspectiva de las manifestaciones del ser persona, uno de los primeros pasos a la hora de enfrentarse con dicho argumento es el de clarificar a qué se hace referencia con sociabilidad en este contexto. El psicólogo Medlin ha aislado tres aspectos a los que se pueden reducir los contextos en los que aparece este argumento y que se toman ahora como referencia: la «actividad social», como jugar con otros amigos; la «influencia social» o aprendizaje de las normas sociales; y la «exposición social» o posibilidad de conocer otros valores sociales que no son los de la propia familia<sup>5</sup>. Por tanto, en este contexto, afirmar que el *homeschooling* no permite la socialización conlleva afirmar que el *homeschooling* no permite interactuar con otros, ni aprender normas sociales, ni saber que existen más valores que los del propio entorno familiar. De nuevo, como al comienzo de este artículo, se puede afirmar que esto es posible que ocurra: puede darse el caso de un hijo único que viva en una granja sin contacto con más personas y que, por tanto, no interactúa con otros. Puede darse y en algunos casos se da. En la era de las redes sociales, este escenario debería de incluir además la no presencia de un ordenador para poder afirmar categóricamente la ausencia de socialización, lo cual reduce más el espectro de las situaciones reales en las que puede llegar a darse este hecho. Pero es verdad, sí, puede ocurrir, y es algo que ha de evitarse en cualquier caso, como han de evitarse los casos extremos de cualquier opción educativa. Es decir, se ha de evitar, como se ha de evitar que la socia-

---

<sup>5</sup> Cfr., R.G. Medlin. Home Schooling and the Question of Socialization. En *Peabody Journal of Education*, número 75(3), 2000, pp. 107-123, p. 107.

lización sobrevenida en las escuelas degenera en *bullying* por sobreexposición social de un alumno.

Al margen de estos casos que hay que combatir como degeneraciones de una opción educativa y no como esenciales a una opción educativa en sí, resulta difícil afirmar que, en una sociedad como la española en 2013, un homeschooler no tenga amigos, vecinos, primos, colegas del parque, gente con la que hablar en Tuenti, ni sepa ir a la compra, por poner algunos ejemplos de la realidad de la mayoría de los niños en edad escolar. Es más, los argumentos más académicos acerca de los problemas de socialización de la opción del *Homeschooling*, no hacen referencia tanto a la ausencia de socialización de los homeschoolers, como a la calidad de su socialización o al aspecto del pluralismo axiológico mencionado anteriormente —aspecto especialmente sensible para la legislación educativa que vincula la educación con el civismo— que el *homeschooling* parece no poder proveer.

Considerar que la sociabilidad de los homeschoolers no es de la misma calidad que la de los niños escolarizados implica principalmente una cosa: que la escuela es el ámbito privilegiado de socialización directa. El por qué lo es la escuela y no la biblioteca o el mercado —lugares de socialización válidos, e incluso, para la adquisición de determinadas competencias sociales probablemente aún mejores— es parte de la carga de la prueba que deben aclarar los que lo afirman.

No obstante, incluso aceptando como premisa que se ponga como paradigma de socialización, frente a la socialización de los homeschoolers, la escuela, y no el mercado, ya que se puede sobrentender que es por la finalidad educativa de la escuela como institución, sigue siendo importante que se den argumentos conclusivos sobre por qué se considera como lugar privilegiado.

En la escuela española actual, con sus horarios de 50-55 minutos de clase, con 5 minutos de descanso entre cada una de ellas, con sus tiempos cortos de comer y, en la educación secundaria, con sus clases principalmente centradas en la explicación del profesor, la sociabilidad puede no darse y, de hecho, muchas veces, no se da. En este sentido, la coincidencia espacio-temporal con otros colegas en el centro educativo no implica, de un modo causal, la sociabilidad. El añadido que se necesita en la escuela (que el profesor medie, facilite o dinamice) para que esto ocurra es algo que también puede llevarse a cabo en el *homeschooling* a través de acciones que impliquen llevar al niño a actividades culturales, deportivas, domésticas o de cualquier índole, que se realicen con otros.

Por otra parte, las redes sociales hacen que la mayoría de las «relaciones» entre colegas de las personas escolarizadas se realice a través de ellas, es decir, sin «presencialidad» —que suele ser uno de los argumentos más fuertes en favor de la escolarización como opción educativa de socialización—. Y esto es así a pesar de haberse podido realizar una interacción «presencial» en las 7 horas de «convivencia en el aula».

¿Por qué, entonces, se considera la escuela como lugar *privilegiado* de socialización? Es más, ahora que la población de homeschoolers ha incrementado sustancialmente y, por tanto, los estudios que comparan las habilidades sociales de homeschoolers frente a los escolarizados tienen mayor relevancia, el que comience a haber estudios cuyos resultados indican unas habilidades sociales de los homeschoolers por encima de las de la media<sup>6</sup> podría indicar lo contrario.

---

<sup>6</sup> L.D. Koehler et al. Socialization Skills in Home Schooled Children Versus Conventionally Schooled Children. En *UW-La Crosse JUR*, volumen V, 2002, pp. 469-474.

El otro aspecto fundamental que se ha señalado como argumento en contra de la socialización del *homeschooling* es el de la importancia de la escuela para lograr la «exposición social». Sobre este aspecto sería interesante disponer de datos concretos en España, de los que ahora no se dispone. Dado que, como es lo legítimo, en la actualidad son los padres los que escogen el centro escolar de sus hijos —dentro de las limitaciones logísticas que existen—, se puede presuponer que esa elección es una elección acorde a su concepción educativa y que, es más que probable que la mera escolarización no garantice de suyo la «exposición social» que parece serlo que la escuela garantiza, máxime en un país en el que la multiculturalidad no es un factor social relevante.

## 5. EL JUEGO COMO ELEMENTO DE SOCIALIZACIÓN

Como se ha señalado, partiendo de la consideración de la escuela como lugar privilegiado para la socialización, no se puede sostener de modo conclusivo que el *homeschooling* tenga consecuencias negativas sobre la sociabilidad, como tampoco se puede concluir lo contrario. Sí que se puede afirmar que hay indicios suficientes para negar los argumentos que lo sostienen y que incluso comienza a haber datos para afirmar lo contrario.

¿Podría ser entonces la familia el ámbito privilegiado de socialización? Centrando esta amplia pregunta solo en el contexto que se está tratando, el de la dimensión social de la sociabilidad de los educados, sí que conviene señalar que hay un área de socialización que, de suyo, solo puede darse en la familia y que es sobre la que quisiera centrar mi aportación: el ámbito de lo que Huizinga denomina «juego»<sup>7</sup> (Huizinga, 2004). El juego es un entorno de acción desde la libertad y la creación dentro de unas reglas determinadas por un contexto. La actividad lúdica, por tanto, dota a las acciones humanas de distintos niveles de trascendencia (es decir, de distintos niveles de repercusión de las consecuencias en función del contexto). De este modo, el «juego» permite una adaptación funcional y saludable a distintitos contextos, —lo que en realidad es lo que se considera como fin del «civismo»—, y es el tipo de adaptación que permite la convivencia con la diferencia.

Hay un requisito fundamental para que el «juego» sea tal, que es que, en el juego, el que juega ha de ser *uno mismo*. Esto es algo que acontece en la familia, pero no en la escuela. En la escuela siempre se representa un rol, «el del alumno», independientemente de la flexibilidad de la metodología que se use. La presencia en un aula hace que el que está en ella lo está en calidad de «alumno». Lo que se espera de uno en la escuela es que sea un alumno, un alumno diferente de otro alumno, pero alumno al fin y al cabo. La adaptación a los diferentes contextos: clase, recreo, comedor, etc. se realiza siempre desde ese rol. En la familia, en cambio, la adaptación a los contextos se realiza desde la libertad de quien uno es, desde la singularidad propia de cada uno —acerca de la cual se ha tratado anteriormente—, y se hace sin una expectativa concreta o específica del desempeño de un rol. Esto es lo que permite experimentar —tantear, desde quien yo soy— los diferentes entornos de interacción social y aprender de las consecuencias de las acciones en ellos.

---

<sup>7</sup> Passim, J. Huizinga. *Homo ludens*. Alianza Editorial, 2004.

En la familia se aprende acerca de los límites desde la convivencia, en la escuela se hace desde lo explícito. En la escuela generalmente se habla de que los alumnos se saben «comportar». En la familia se habla de saber «convivir». Desde la libertad de ser quien se es, lo que se aprende al socializar se interioriza y se incorpora a la propia persona. En cambio, si desempeña un rol, lo que incorpora son una serie de normas de actuación en un contexto dado, que se podrán dejar de lado una vez se cambie de contexto, como los llamados niños de «diario» y de «fin de semana». Dado que la opción del *homeschooling* proporciona precisamente el contexto para esta socialización insustituible, para el verdadero desarrollo personal que se da en la familia y, es más, lo promueve, no es legítimo descartar la opción del *homeschooling* solo en base a argumentos acerca de la poca calidad de su socialización.

## 6. CONCLUSIÓN

Una educación de calidad para todos implica que la educación se corresponda con lo que son aquellos a los que se educa: personas. La opción del *homeschooling* solo debería ser descartada si no lograra este propósito. De entre las manifestaciones de la persona (actividad, singularidad, intimidad, creatividad, dignidad y socialización) los argumentos más consistentes en contra de la opción del *homeschooling* se enuncian en relación con la socialización: o bien se considera que el *homeschooling* no socializa, o que la socialización que permite no es de calidad. Acerca de lo primero se ha señalado que no puede ser considerado como el argumento principal en contra del *homeschooling* porque no se refiere tanto a algo constitutivo del *homeschooling* como a una degeneración de esa opción. Sobre lo segundo se ha expuesto que no hay argumentos concluyentes para afirmarlo, mientras que sí que hay indicios para afirmar lo contrario.

El problema de la socialización es un problema para la comunidad educativa e incluso para la comunidad política puesto que de la calidad de la sociabilidad de las personas depende la riqueza de una sociedad. Es legítimo, por tanto, que ambas comunidades quieran asegurar este aspecto en relación con la opción del *homeschooling*. No obstante, la riqueza de la sociedad es real cuando los que la componen saben enriquecer a la sociedad con un discurso propio en un entorno de tolerancia a la diferencia. Como he argumentado, esto se logra principalmente mediante el acto de sociabilidad denominado «juego». Pero este acto implica que la persona que lo realiza no desempeña un rol, sino que sea él mismo. Y esto ocurre de manera privilegiada y primordial en la familia. Por tanto, si el interés de la comunidad educativa y política en relación con la socialización como elemento educativo se dirige a que las personas enriquezcan la sociedad con un discurso propio y tolerante, la opción del *homeschooling* no puede ser excluida, puesto que es una opción que no solo no lo impide, sino que lo potencia como ninguna otra. Es más solo con la socialización escolar, y en relación con lo que dicha socialización puede determinar para la sociedad, a lo más que se puede aspirar es a que las personas se comporten de modo políticamente correcto en contextos que son lugares comunes, puesto que son los contextos que han aprendido en el desempeño de sus roles.

# LA FAMILIA, PRIMER AGENTE SOCIAL PARA APRENDER LA CULTURA

*Santiago Ruiz de Temiño Íñigo*  
santirdt@yahoo.es. Universidad de Zaragoza

## 1. INTRODUCCIÓN

A primera vista, el título del presente artículo: «La familia, primer agente social para aprender la cultura», podría transmitir casi inconscientemente la idea de que me estoy refiriendo en exclusiva a un modelo de familia muy habitualmente calificado como tradicional (lo que a su vez incluye una cierta connotación negativa: tradicional como equivalente en buena medida a anticuado, obsoleto...). Connotaciones aparte (y, en efecto, conviene apartarlas para no acabar debatiendo sobre impresiones o juicios previos), el tema de la familia como categoría antropológica básica, genera en la actualidad un océano de investigaciones y muy distintos posicionamientos en el intento de configurar nuevas perspectivas teóricas y aplicadas sobre el aprendizaje y la cultura. Por eso mismo la familia es, dentro del *Homeschooling* —realidad educativa emergente, objeto de estudio en este encuentro académico— algo verdaderamente nuclear, que merece toda nuestra atención y reflexión.

Al mismo tiempo, la educación, como las monedas, tiene dos caras. En una de ellas se puede ver a la familia y a la sociedad en función de la educación, en la otra cara en cambio, podemos contemplar la educación en función de la familia y de la sociedad<sup>1</sup>. De lo anterior se pueden concluir dos aspectos. Por un lado, ambas caras presentan dimensiones complementarias de la realidad educativa. Por otro lado, si consideramos la segunda de ellas, *la educación en función de la familia y de la sociedad*, estaremos partiendo de una premisa básica y es que el nivel conceptual decisivo no es el formalmente político y económico, sino precisamente el plano cultural y social, el «mundo próximo» de las mujeres y los hombres que pueden llegar a cuestionarse los modelos educativos imperantes. Al optar por educar a sus hijos según aquellos modelos que estiman oportuno los padres contribuyen al dinamismo de uno de los debates que más decisivos de la

---

<sup>1</sup> Cf. A. Gutiérrez Sanz, La función social de la educación. En *La Razón histórica: revista hispanoamericana de historia de las ideas políticas y sociales*, n.º. 14, 2010, pp. 15-17.

educación<sup>2</sup> (Sarramona, 2004: 27-38). Las páginas que siguen pretenden contribuir a esa reflexión, y aportar datos y argumentos que puedan ser útiles al respecto.

## 2. FAMILIA(S) E INSTITUCIONES HUMANAS

Yepes y Aranguren<sup>3</sup> enumeran de modo meramente indicativo cinco tipos de fines humanos y sus instituciones correspondientes:

La familia, institución humana más básica que crea el hogar, verdadero centro de la existencia humana y de creación de la propia biografía.

La producción y cuanto está orientado a obtener recursos para la subsistencia humana forma la vida económica. Su expresión más importante es el mercado y dentro de él, la empresa.

La autoridad debe instaurar y defender un sistema que atienda al mantenimiento de la justicia: son las instituciones jurídicas y el conjunto del aparato legislativo, formado por quienes generan esas regulaciones (poder legislativo), las aplican (administración) y velan por su cumplimiento (poder judicial). Pero la autoridad necesita también una institución que mande sobre esos poderes del Estado: es el poder ejecutivo, el gobierno, que implica un conjunto de organismos destinados a otorgar, dar uso y controlar (o retirar en su caso) el poder a quienes lo detentan. Toda esta maquinaria son las instituciones políticas, que en principio están al servicio de la organización de la sociedad y de la promoción de las instituciones comunitarias<sup>4</sup>.

El hombre necesita aprender especialmente durante su minoría de edad todo cuanto se refiere al contexto social en el que va a vivir, y esto implica un proceso largo y complejo. Las instituciones educativas capacitan al hombre para desempeñar su función en el desarrollo social. Esta capacitación consiste en dotar al hombre de una profesión. Sin embargo, la persona puede sufrir formas de miseria diferentes a la ignorancia, como la falta de salud. Se necesita por ello instituciones que cuiden al hombre débil, que le asistan y le ayuden a salir de esas situaciones. Son las entidades asistenciales y las sanitarias, que velan por los seres humanos que no se valen por sí mismos.

Las instituciones culturales más importantes son aquellas que difunden en la sociedad unos criterios de conducta referidos al conjunto de la vida humana y a su sentido. Éstas son especialmente la moral y la religión. La moral, como tal, puede ser enseñada por una comunidad con fines culturales o artísticos, o como objeto de estudio de una universidad, etc. Sin embargo, siempre ha solido ser enseñada dentro de la religión, la respuesta última del hombre acerca del sentido de su vida. Los dos tipos de instituciones más adecuados para enseñar la moral son la familia y las instituciones religiosas<sup>5</sup>. La religión habla de la vida humana como una tarea que nos es común a todos, y nos da

---

<sup>2</sup> J. Sarramona, Participación de los padres y calidad de la educación. En *Estudios sobre educación (ESE)*, n.º 6, 2004, pp. 27-38.

<sup>3</sup> R. Yepes Stork, J. Aranguren Echevarría, Fundamentos de antropología: un ideal de la excelencia humana, Pamplona, 2001, pp. 188-189.

<sup>4</sup> F. Fernández Segado, El sistema constitucional español. Madrid, 1992, pp. 568-813.

<sup>5</sup> En efecto, el Estado, en virtud de lo establecido en el art. 16 de la Constitución, no es competente en materia religiosa. Es más, el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa 7/1980 reconoce la plena autonomía de las confesiones.

criterios para orientarla hacia su destino último. En la familia, de un modo similar y quizá más íntimo más dirigido al quién que cada hombre es, se nos enseña a vivir.

Pero de esta diversidad de instituciones, al final, se deriva lo que sea la cultura de una sociedad, es decir, lo que sean el conjunto de saberes y obras humanas que determinen los valores de una sociedad determinada<sup>6</sup>. Centrémonos en el tema de la familia y su función mediadora. Que ésta constituye un entorno de vital importancia para el desarrollo infantil es un hecho que probablemente requiere poca justificación<sup>7</sup>. Parte importantísima de ese primer aprendizaje del hombre mediado a través de la familia consiste en transmisión de la cultura, es decir, los gestos, palabras y acciones de quienes nos han precedido.

El rechazo generalizado que la postmodernidad hizo de la institución familiar ha tenido una paradoja: ha permitido recuperar el papel tan decisivo desempeñado por la familia en la constitución de la sociedad a lo largo de la historia, aunque posiblemente sea hoy día cuando se puede apreciar en toda su extensión el papel tan decisivo que le corresponde, sin caer en valoraciones ligeras o simplemente superficiales<sup>8</sup>. En efecto, el *postestructuralismo* de Foucault estableció una creciente contraposición entre los planteamientos *antropológico-culturales* de Lévi-Strauss acerca de la génesis primitiva de la institución familiar<sup>9</sup> y las posteriores propuestas de la *sociología comprensiva* de Talcott Parsons acerca del papel central de la *familia burguesa* en la configuración de la cultura contemporánea<sup>10</sup>. Según Foucault, la llamada *familia burguesa* fue incapaz de satisfacer adecuadamente las necesidades *naturalistas* más básicas que institucionalmente se le habían asignado, dando lugar numerosas *contradicciones culturales* cada vez más difíciles de soportar<sup>11</sup>.

Siguiendo a Pérez Adán y Ros Codoñer, aunque Foucault diagnosticó así la efectiva *decadencia* e incluso la subsiguiente *muerte o extinción* de esta *institución burguesa*, a la larga sus propuestas terminaron demostrando lo contrario de lo que en un principio pretendían, a saber<sup>12</sup>: demostrar las virtualidades de la institución familiar para superar las posibles *contradicciones culturales* que ella misma ha dado lugar en la sociedad bur-

---

<sup>6</sup> En la ideología del individualismo radical parece que en una sociedad democrática como las nuestras —pluralista y configurada por los grandes medios de comunicación colectiva— no es posible promover la vigencia pública de unos principios morales sustantivos y permanentes. Y ello por una fundamental razón: porque los ciudadanos no están de acuerdo en ningún ideal determinado de la vida buena, de manera que imponerles uno de ellos iría en contra de la libertad individual de pensamiento y expresión, que constituye el quicio del sistema democrático.

<sup>7</sup> Las crías humanas vienen al mundo desvalidas, y en un estado de indefensión y dependencia externa que es más acusado que en el resto de las especies animales y que, además, dura mucho más tiempo. Nuestra especie es, además, en la que los comportamientos y habilidades asegurados por una determinación genética son menores, y por tanto en la que más potencial de aprendizaje existe: tenemos que aprenderlo prácticamente todo Cf. J. Delval, *El desarrollo humano*, Madrid, Siglo XXI, 1994. J. Palacios y M.J. Rodrigo. *La familia como contexto de desarrollo humano*. En M.J. Rodrigo y J. Palacios (Coords.). *Familia y desarrollo humano*. Madrid, 1998, pp. 25-44.

<sup>8</sup> P. Donati, I. Clozzim (eds.) *Religione, società civile e stato: quale progetto?* Bologna: EDB-Dehoniane, 2001.

<sup>9</sup> R. Corbey, W. Roebroeks. *Studying Human Origins. Disciplinary History and Epistemology*. Amsterdam, 2001.

<sup>10</sup> K.H.Jr. Tucker, *Classical Social Theory. A Contemporary Approach*. Oxford, 2002.

<sup>11</sup> J.J. Freyd, *Abusos sexuales en la infancia. La lógica del olvido*. Madrid, 2003.

<sup>12</sup> J. Pérez Adán, J. Ros Codoñer, *Sociología de la familia y de la sexualidad*. Valencia, 2003.

guesa, haciendo incluso posible un recíproco entendimiento entre la *antropología cultural* de Lévi Strauss y la *sociología comprensiva* de Parsons<sup>13</sup>. Al menos así lo pusieron de manifiesto Niklas Luhmann, Anthony Giddens, Günter Dax y Pierpaolo Donati, cuando sucesivamente han puesto de manifiesto las *singularidades comunicativas*, las *transformaciones discursivas*, la *capacidad de adaptación*, la *mediación universal* y el carácter *autopoietico* de la institución familiar a la hora de articular este doble tipo de exigencias *antropológicas* y *sociales* que ahora se le asignan, apropiándose incluso una efectiva capacidad de *autorregular* el resto de las instituciones sociales, sean educativas o no<sup>14</sup>.

Acerca de las dimensiones educativas de la familia, el *Informe Delors*<sup>15</sup> señala, «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.»

De su lectura se pueden diferenciar nítidamente dos cosas: la instrucción como transmisión ordenada y sistemática de conocimientos, y educación como formación también en valores. En efecto, para educar es preciso tener una idea del conocimiento y de la verdad, así como de la dinámica histórica del saber, es decir, del papel de la tradición<sup>16</sup> y del progreso en las comunidades de enseñanza y aprendizaje. La propia naturaleza de la ciencia entra, por tanto, en cuestión. Y también es patente la conexión entre la educación, por una parte, y la ética y la política, por otra.

Pero más decisivo aún es el hecho de que la educación representa la prueba de fuego de las diversas concepciones acerca de la sociedad y de la persona humana. Si tales concepciones están equivocadas, si no responden a la articulación real entre naturaleza humana y cultura, la educación —por decirlo así— «no funciona». No es que se eduque equivocadamente, según valores deficientes, es que no se educa en modo alguno: se interrumpe la dinámica del saber por no haber sabido pulsar los adecuados resortes de la realidad misma. La familia, tiene hoy el reto de construir un pertinente espacio de intervención para romper la desarmonía generada en sus funciones y situar de forma equilibrada su labor educativa entre la formación de los hijos como personas y la formación como ciudadanos que puedan participar en el establecimiento de la mejor convivencia en su comunidad.

Podemos considerar que hay una continuidad histórica entre el concepto nuestro de cultura y la idea clásica de *ethos*<sup>17</sup>. Con ambos se apunta se apunta a una unidad

<sup>13</sup> A. Elliot, L. Ray, (Eds.) *Key Contemporary Social Theorists*. Oxford, 2002.

<sup>14</sup> Instituto de ciencias para la familia. *La sexualidad en el pensamiento contemporáneo*. Pamplona, 2002.

<sup>15</sup> INFORME A LA UNESCO de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI, presidida por Jacques DELORS, *La educación encierra un tesoro*, Disponible compendiado en [http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS_S.PDF) [Consultado el 6 de febrero de 2013]

<sup>16</sup> Se percibe cada vez con más fuerza la necesidad perentoria de una simbiosis educativa constante, porque, sorprendentemente, dependemos cada vez más de la tradición (como presienten los lectores de historias y cuentos). El futuro no es asequible sin la tradición: no lo ha sido nunca, y hoy menos que nunca. La fundamental obra de H.G. Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, 1996. Contiene valiosas apreciaciones sobre el papel de la tradición en toda comprensión histórica, así como una aguda crítica del «prejuicio contra los prejuicios», típico de la Ilustración.

<sup>17</sup> A. Llano, *La nueva sensibilidad*. Madrid: Espasa, 1988, p. 57.

vital básica entre inmediatez y mediación. Por cultura, efectivamente, se entiende, en su sentido más amplio, el orden y significación de la vida, en un espacio social y dentro de una historia común. La cultura expresa, por tanto, el cultivo de algo ya existente, el cuidado de una realidad vital, el crecimiento del hombre. Su misión es la de perfeccionar la naturaleza humana, completarla y revelarla a sí misma. Y algo semejante viene a significar *ethos*: incremento de lo humano, que se plasma en hábitos y costumbres, para alcanzar una vida lograda. Ciertamente, el explícito concepto moderno de cultura tiene unas connotaciones más globales, de forma que incluye no sólo lo que se es, sino también lo que se hace.

No obstante podemos ya adelantar que a lo largo de estas consideraciones estaremos aludiendo a tres sentidos del término cultura: 1) subjetiva: la forma en que el sujeto o la comunidad hace su propia cultura, es decir, lo que cada uno de nosotros reconstruimos como primera modulación de la idea de cultura; 2) Social: aquella formada por el conjunto de instituciones, costumbres, ceremonias, etc. que constituye las pautas de comportamiento de los individuos en cuanto miembros de un grupo social y 3) material: aquella referida a los motivos que definen una cultura: desde los cultivos hortelanos hasta las esculturas de un edificio.

Tomás Melendo, en su artículo *Cultura y contracultura educativa*<sup>18</sup> señala cómo «la clave de fondo de algunas de las distorsiones que aquejan a lo «cultural» en nuestros días cabe situarla en la denuncia del olvido del ser como uno de los indicadores todavía válidos para comprender la situación del hombre en el siglo XXI». Y precisamente la Tesis Doctoral de Jimena Leizaola (dirigida por Melendo): *La educación a la luz de una antropología metafísica*<sup>19</sup> aborda con profundidad estas cuestiones, en especial la falta de sentido teleológico o fin último de la educación, que a la postre, es la pregunta más decisiva y fundamental de toda educación y cuya clamorosa ausencia en las concepciones educativas predominantes de hoy en día podemos asociar al relativismo ético y otras derivaciones negativas de la posmodernidad.

Desde el punto de vista educativo, la familia es considerada como el espacio de intimidad donde se forman y reproducen los modelos de identidad personal y comunitaria; el lugar básico del aprendizaje de valores y recreación de comportamientos sociales; el espacio de reproducción de la cultura y en el que se forma el sentido de pertenencia, de tradición, de comunicación, en el que se aprenden las relaciones afectuosas; el núcleo social natural donde se moldea la conciencia individual, y el más importante y primer agente de socialización en una comunidad. A esto se une, además, un cambio en el concepto social sobre la familia que se basa en tres ejes bien definidos:

La reducción de las áreas asistenciales primarias a cargo de la familia, que se atribuyen al Estado, como ocurre con la educación.

La reducción del papel reproductivo de la familia, que pasa a ser una unidad de consumo y deja de serlo, de producción.

---

<sup>18</sup> T. Melendo, Cultura y contracultura educativas, *Estudios sobre educación*, 3, 2002, pp. 35-47. Disponible en: <<http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/90531/1/Eb.pdf>> [Consultado el día 7 de noviembre de 2012]

<sup>19</sup> J. Leizaola Fernández de Caleyá, *La educación a la luz de una antropología metafísica*. Pamplona: Universidad de Navarra, 2012. (Tesis Doctoral) Disponible en: <<http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/23498/1/Tesis,%20Jimena%20Leizaola.pdf>> [Consultado el día 7 de noviembre de 2012]

Mayor preponderancia del interés de cada uno de los individuos dentro del grupo, con la necesidad de tener en cuenta sus derechos fundamentales individuales, en lo que va a consistir la nueva concepción del *interés familiar*.

Podemos señalar que los modos de comunicación desarrollados en la modernidad amenazan el mundo de convivencia comunicativo y afectivo de la familia por la influencia de los programas que reflejan violencia física y psicológica como medio natural de comunicación, así como por la aparición de fenómenos modernos, como la violencia contra la mujer, las drogas, las pandillas juveniles, la prostitución infantil, la escasez de recursos, la desigualdad social, la pobreza que cruza generaciones. Por otra parte, los nuevos modos de vida surgidos en la modernización social como la incorporación de la mujer al mercado laboral, la reducción de la descendencia sobre todo en los países desarrollados, la diversidad de estructuras familiares<sup>20</sup> por el incremento de divorcios, separaciones, hogares unipersonales, familias reconstituidas o binucleares, uniones homosexuales o lésbicas, fenómenos éstos que han promovido modificaciones respecto a las características básicas de la socialización primaria que tiene lugar en la familia.

Por ello, a la familia se le hace difícil contrarrestar el sistema de valores que emana de los medios de comunicación y de la nueva realidad social, donde el énfasis en las relaciones humanas está puesto muchas veces en el temor, el éxito social y económico y las relaciones sexuales desvinculadas del amor; y resulta complejo afrontar el cambio de valores que conforman las relaciones intrafamiliares debido a la redefinición del concepto de género. Así, la familia se ve psicológicamente presionada entre los valores tradicionales de la sociedad, los que prevalecen en la nueva cultura de la imagen y los que emergen en las nuevas estructuras familiares.

### **3. SIGNIFICACIÓN EDUCATIVA DE LA(S) FAMILIA(S) Y LIBERTAD DE ELECCIÓN DE MODELOS EDUCATIVOS**

La significación educativa de la familia se explica en base a su consideración como sistema sociocultural, abierto y complejo caracterizado por la interdependencia de los elementos que conforman su estructura organizada de interacciones, el intercambio de información entre el contexto familiar y otros contextos sociales y la interdependencia entre los contextos sociales de interacción; estas características están subrayando el factor de complementariedad o disonancia que puede darse en la interacción entre contextos como elemento favorecedor de progreso en el desarrollo, siempre que la disonancia, si se produce, pueda generar un grado de conflicto cuya resolución facilite la consecución de ajustes óptimos.

Pero también la significación educativa de la familia tiene una base explicativa en el enfoque histórico cultural, por su referencia a la cultura como mediadora del desarrollo de los hijos. Esta función mediadora de la cultura se realiza a través de los contextos en los que interactúan los sujetos y con base en los instrumentos que ese contexto cultural promueve. Además, dicha función de mediación está matizada por las características de la cultura específica que define los contextos de interacción más próximos, que son los

---

<sup>20</sup> I. Navarro, G. Musitu, J. Herrero, Familias y problemas. Madrid., 2007.

contextos que influyen diferencialmente en el desarrollo no sólo de los procesos mentales, sino también afectivos y sociales.

Este carácter sociocultural que, desde esta óptica, se imprime al contexto familiar, está en función de la interacción que los niños establecen con otros contextos y también de los instrumentos culturales que mediatizan su actividad. De ahí que el contexto condicione el desarrollo de los sujetos como personas y como ciudadanos en un doble ámbito:

Por una parte, la cultura, por mediación de los padres como agentes culturales, proporciona a los hijos unas determinadas formas de desenvolverse en el mundo, a través de las interacciones sociales que se establecen en los diferentes sistemas de actividad comunitarios en los que se participa y en donde las prácticas sociales que allí se realizan constituyen herramientas culturales que se presentan como importantes recursos educativos.

Por otra parte, el contexto sociocultural organiza y regula, con base en los instrumentos y herramientas que promueve, el proceso por el cual los sujetos aprenden esos modos específicos de desenvolverse en el mundo; es particularmente importante a este respecto la relación de los padres con las organizaciones sociales de la comunidad de pertenencia.

#### 4. UN CAMBIO NECESARIO EN LA EDUCACIÓN Y *HOMESCHOOLING*

El *Homeschooling* supone una heterógena y multiforme pretensión de participación educativa. Persigue una mayor autonomía para las iniciativas de base y mejoras cualitativas en la educación de los hijos de muy diversa índole. Esta «nueva revolución» promueve reivindicaciones de más alto nivel que el político o el económico, según valores de signo posmaterialista: se busca una educación más personalizada, que pueda intervenir de forma más activa e inmediata en la resolución de los problemas. Podríamos decir que el *Homeschooling* constituye un cambio educativo sin precedentes que se produce en la línea de las revoluciones silenciosas<sup>21</sup>, mucho más moderadas y evolutivas que las revoluciones repentinas y drásticas; ya que todas las transformaciones implican una reconstrucción dialéctica de lo existente.

Por eso, una de las ideas en las que se ha insistido más es en la necesidad de flexibilizar el sistema educativo en España. No es tarea fácil. 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<sup>22</sup> y medios de comunicación. Junto con una incipiente bibliografía sobre el tema, se constata una creciente aparición de artículos en prensa y en Internet numerosos blogs y sitios web sobre la educación en casa. A modo de ejemplo señalaremos las siguientes páginas web disponibles en los siguientes enlaces [consultados el 6 de febrero de 2013]:

---

<sup>21</sup> R. Inglehart, *The Silent Revolution: Changing Values and Political Styles among Western Publics*, Princeton, Princeton University Press, 1977. L. Cuban, *Curriculum stability and Change*, en P.W. Jackson (comp.), *Handbook of Research on Curriculum*, Nueva York, 1992, pp. 216-248.

<sup>22</sup> M.J. Valero Estarellas, *Derechos educativos y homeschooling en España: situación actual y perspectivas de futuro*. Trabajo Final del Máster Universitario en Derecho Público. Especialidad en Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid, 2011, p. 28.

<http://www.homeschoolingspain.com/>

<http://www.todopapas.com/ninos/educacion/homeschooling-la-educacion-en-casa-1470>

<http://www.bebesymas.com/educacion-infantil/homeschooling-en-espana;>

[http://educarencasa.hazteoir.org/?page\\_id=3](http://educarencasa.hazteoir.org/?page_id=3)

<http://www.liberalismo.org/articulo/314/46/homeschooling/>

Además, la celebración de tres congresos sobre el *Homeschooling* muestra la relevancia académica y social de este fenómeno. El primero de ellos fue en Valencia los días 22 y 23 de octubre de 2010; el segundo se celebró en Pamplona, en la Universidad de Navarra bajo la coordinación de Carme Urpí y M.<sup>a</sup> Ángeles Sotés. El tercero, organizado el 29 y 30 de noviembre de 2012 en Madrid en la Universidad Complutense ha sido coordinado por Irene Briones. Las conclusiones y algunas ponencias de los tres congresos mencionados están disponibles en la página web de la Universidad Libre Internacional de las Américas (ULIA): <http://www.ulia.org/ficv/homeschooling/>

Además, en éste último congreso asistimos a la presentación de la primera tesis doctoral existente en nuestro país que analiza el fenómeno del *Homeschooling*, titulada: *El Homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*<sup>23</sup>. En ella se analiza el fenómeno del *homeschooling* desde una triple perspectiva: sociológica, ideológica y pedagógica. Dicha perspectiva resulta la más adecuada para abordar un fenómeno tan diverso, aunque la envergadura de la investigación también conllevó algún problema.

No obstante, en las investigaciones y los testimonios de muchos *homeschoolers* quedó patente la resistencia de éstos últimos a ser encuadrados en un arquetipo, ni a ser considerados como parte de un colectivo monolítico, con un pensamiento único y con una composición sociológica uniforme. Las mismas conferencias, ponencias y comunicaciones del último congreso reunieron a personas cuyas aportaciones al estudio de esta realidad tan rica y compleja fue de lo más variopinta. En este punto subyace a mi juicio uno de los mayores desafíos a los que se ha de enfrentar el fenómeno *homeschooler*: cómo encauzar una realidad tan heterogénea y dotarla de un marco educativo y legal unitario sin pretensiones de uniformidad.

Parece claro que el *homeschooling* ha de estar presente en todos los ámbitos que otorguen al diseño y revisión de las políticas educativas una posición relevante para el progreso y desarrollo de las sociedades democráticas. El análisis de la situación del *homeschooling* en España se ha caracterizado por la voluntad de conciliar diferentes sensibilidades teniendo en cuenta la importancia estratégica de la educación, elemento vertebrador de valores comunes y de cohesión social. La novedad del *homeschooling* requiere para su desarrollo una participación entre los actores de la educación, es decir, los padres, con las administraciones en el diseño y consenso de nuevas propuestas que se contribuyan a regular y legitimar esta polifacética realidad educativa. Ello supone un análisis riguroso que atienda a las diferentes dimensiones que encierra, profundizar en sus causas y prever posibles consecuencias.

---

<sup>23</sup> C. Cabo González, *El Homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Tesis Doctoral dirigida por José Vicente Peña Calvo. Universidad de Oviedo. Departamento de Ciencias de la Educación, 2012. Disponible en: <<https://www.educacion.gob.es/teseo/limprimirFicheroTesis.do?fichero=35970>> [Consultada el 6 de febrero de 2013]

Hasta el momento ese carácter interdisciplinar del *homeschooling* ha tenido un tratamiento inequívocamente jurídico, aspecto predominante y condición necesaria que busca legitimar legalmente, normalizar esta opción educativa, pero no suficiente. El *homeschooling* conlleva una reflexión acerca del derecho a la educación como derecho humano fundamental, su carácter pluridisciplinar, su condición de principio básico para todos los ciudadanos, ejercido en condiciones de libertad e igualdad, pero dicha reflexión debe ser el paso previo para la consecución de sus auténticos fines.

Todo ello sigue constituyendo un objetivo prioritario para resolver satisfactoriamente las legítimas reivindicaciones de los padres que quieren optar por este modelo educativo al cual debe seguir estando presente dentro de un debate sereno que propicie la cooperación entre todas las partes.

## 5. LIBERTAD DEL EDUCANDO COMO LÍMITE DE LA ACCIÓN EDUCATIVA

Pero hay un límite infranqueable en la acción educativa que debe ser respetado de forma decidida por todos los educadores, sean los padres o sean los profesores encargados de aplicar las normas: los procedimientos educativos deben ser respetuosos con la libertad de las personas. Si bien las reglas de convivencia pueden imponerse cuando de lo que se trata es de garantizar a los demás la libertad que se reclama para sí mismo, los valores que regularán la propia vida, por su propia naturaleza, deben ser elegidos libremente y libremente vividos en la relación con los demás<sup>24</sup>.

En efecto, el sentido, y el valor, de la libertad en educación es algo nuclear. «El fundamento real de la educación no es otro que la capacidad para el ejercicio personal y responsable del uso de la libertad en la dirección de la propia vida, atributo esencial de la dignidad humana. Y esa libertad, que nace del enfrentamiento del hombre con la realidad, es una conquista gradual que se va perfeccionando en la tarea misma de la formación personal»<sup>25</sup>. A fin de cuentas, la educación no es otra cosa sino un proceso de estímulo y ayuda social, en la vida de cada persona singular para que sea capaz de autogobernarse o desplegar sus posibilidades de proyectar y decidir, autónoma y responsablemente, una forma de existencia en el marco de una realidad social, en la que el hombre se integra.

Por otra parte, «sólo se educa cuando se libera, y sólo se libera cuando se educa»<sup>26</sup>. Si desde el punto de vista jurídico hay que argumentar desde el mejor interés del menor —tal como se reflejó en algunas ponencias del III Congreso sobre *Homeschooling*—, desde el punto de vista educativo, hay que considerar la libertad del educando. Cualquier procedimiento educativo que no sea respetuoso con este principio —enraizado en el concepto mismo de persona—, deja de ser un acto educativo para convertirse, en mayor o menor grado, conscientemente o no, intencionalmente o no, en manipulador, y no olvidemos que manipular es la antítesis de educar.

---

<sup>24</sup> J.R. Pérez Juste, *op. cit.*, p. 245.

<sup>25</sup> R. Medina Rubio, La educación como un proceso de personalización en una situación social», en *Tratado de Educación Personalizada*, vol. 2. Madrid, 1989, pp. 13-41.

<sup>26</sup> M. Yela, La libertad en el proceso educativo. Madrid, 1989.

## 6. LA DIMENSIÓN AFECTIVA

Al mismo tiempo la familia es un ámbito vivencial idóneo para superar la clásica disociación del saber entre lo sensorial y lo intelectual. El énfasis en el aspecto afectivo es necesario porque se echa de menos una educación basada en los sentimientos que desarrolle en los alumnos la empatía, el afecto y el cuidado o atención al otro. Sin embargo existen inercias educativas difíciles de superar. Esta pérdida de la facultad de sentir conlleva necesariamente una crisis de las restantes facultades cognitivas: el pensar y el decidir. Hay creemos usar adecuadamente, y solamente de la razón y de la voluntad, aunque ambas facultades están en la realidad cotidiana viciadas por la propaganda. El racionalismo, exaltado desde el siglo XVIII, y la voluntad, desde el XIX, han rebajado la capacidad de sentir que precedió en otros tiempos al razonamiento y a la acción<sup>27</sup>. Ahí es precisamente donde la familia juega un papel primordial que puede abrirnos a una inteligencia comprensiva que se abre a la variada integridad de lo real por medio de una mayor capacidad perceptiva. Si la gente hoy en día es sentimental porque está acostumbrada a no sentir. Sentir es un modo no conceptual de acercamiento a la realidad que podemos considerar siguiendo los tres estratos que propone Zubiri<sup>28</sup>:

- Goce o disgusto de las cosas por las cualidades que poseen.
- Fruición de las cosas por ser reales aunque sean feas.
- Fruición de la realidad por ser realidad que no se agota en las cosas.

Como ocurre en la película *El mago de Oz* (1939) cuando Dorothy se hace amiga de un espantapájaros sin cerebro, de un hombre de hojalata sin corazón y de un león cobarde, que van al encuentro del mago, con la esperanza de obtener sus deseos (un cerebro, un corazón y valentía, respectivamente), padres y profesores han de tener en cuenta esa triple dimensión cognitiva: inteligencia, voluntad y sentimiento. Si no se conjugan adecuadamente en la tarea educativa, ésta acabará reducida en algún punto esencial. También entra en juego la ecología de las relaciones familiares —el papel del padre como de la madre como figura de apego y la influencia de las circunstancias que rodean a la familia.

## 7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Me gustaría destacar que el encuentro de la sociología y la historia con la antropología, característico de los años setenta, se sitúa en el origen del deslizamiento masivo de lo «económico y social» hacia lo «cultural», que permitirá luego en los ochenta una nueva aproximación a la política. Los conceptos llevan a los discursos y éstos a las prácticas, aunque la relación conceptos-discursos-prácticas ya no se contemple en un sentido unidireccional. El nuevo interés concedido al campo de la cultura excede los límites de

<sup>27</sup> L. Moya Blanco, Consideraciones para una teoría de la estética. Madrid: Prudencio Ibáñez, 1991, p. 85.

<sup>28</sup> Citado en: G. Gil Delgado, Reseñas de las lecciones de Xavier Zubiri, *Diario ABC*, 16 y 23 de abril de 1975.

la mera erudición académica. Al contrario, la cultura como conocimiento y como práctica se abre a las vidas anónimas, a los acontecimientos insignificantes, y con un decidido talento hermenéutico, requiere dar voz a la variedad de actores que componen el escenario de lo social. Los procesos culturales y la cultura como civilización tomaban la delantera a las estructuras sociales y económicas<sup>29</sup>, suscitando un renovado interés por lo ético. Por escurridizo y poliédrico que sea el concepto de cultura, en este proceso de decantación de su significado, existe una idea de fondo de rescatar a la «cultura» de su vanidad convencional y de intentar conectarla con las configuraciones vitales y con las articulaciones del mundo social, para que logre ejercer la función mediadora e integradora que le es propia.

El núcleo de toda cultura es ético y estético; es un ethos que se hace operativo a través de una *paideia*, es decir, de una formación de la sensibilidad y del carácter que se decanta en un modo de percibir. Conviene remarcar que toda educación representa una influencia, intencional y sistemática, de los educadores sobre los educandos con el ánimo de producir unos cambios que, eso sí, se consideran positivos para estos en la medida en que deben estar orientados a su perfeccionamiento y mejora<sup>30</sup>.

La realidad educativa emergente del *homeschooling* va indisolublemente unida a la institución familiar, cuya protección exige el concurso supletorio de medidas educativas adecuadas que inicialmente deben ser descubiertas por los propios afectados, aunque subsidiariamente también puedan recibir ayuda de otro tipo de instituciones y organismos. De ahí que sea lógico esperar que cada una de las instituciones que inciden en el proceso de socialización de los alumnos (Estado, Sociedad Civil, familia y escuela especialmente) asuman sus propias competencias y responsabilidades para afrontar el reto de la formación para la convivencia ciudadana. Este tipo de medidas hoy día deben no sólo ser tenidas en cuenta en un plano exclusivamente jurídico sino que la investigación sobre el *Homeschooling* y la familia debería plantearse esclarecer algunos de los múltiples aspectos problemáticos de esta realidad educativa que se sitúa en las zonas fronterizas y/o convergentes entre distintas disciplinas académicas. Con ello iremos contribuyendo a realizar aportaciones que sean útiles tanto a la comunidad científica, como a los propios sujetos de esta educación, a la que dan su sentido último.

---

<sup>29</sup> R. Inglehart, *op. cit.*

<sup>30</sup> J.R. Pérez Juste, Educación, ciudadanía y convivencia. Diversidad y sentido social de la educación, en AA.VV. En *Bordón. Revista de Pedagogía* 59 (2-3), 2007, pp. 239-260, en especial, p. 245.

