

SOBRE LA PRÁCTICA DEL “HOMESCHOOLING” EN ESPAÑA Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

José Antonio Parody Navarro

Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado

Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.- II. LA EDUCACIÓN EN CASA EN DERECHO COMPARADO.- III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.- IV. CONTENIDO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN BÁSICA Y EL DERECHO/DEBER A LA ESCOLARIZACIÓN. EL ARTÍCULO 27.4 DE LA CONSTITUCIÓN.- V. LA ESCUELA EN CASA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA: 1. La Sentencia del TC 133/2010, de 2 de diciembre.

PALABRAS CLAVE

Educación; Escolarización; Homeschooling; Objeción de conciencia.

RESUMEN

La sentencia 133/2010 ha reabierto un debate sobre la denominada enseñanza en el seno de la familia o “homeschooling” e, incluso, desde el punto de vista jurídico, sobre la delgada línea fronteriza entre los conceptos educación, enseñanza y escolarización. En el presente trabajo se realiza una aproximación a este fenómeno en el derecho comparado así como un resumen de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para centrarnos en el caso español y especialmente en lo establecido por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia que, si bien avala el sistema de escolarización obligatoria, sin embargo no considera inconstitucional un sistema diferente al tradicional de escolarización obligatoria en la escuela como pudiera ser el de educación en casa o homeschooling.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado mes de diciembre, nuestro Tribunal Constitucional pronunció la sentencia 133/2010 en relación a la supuesta vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva, a un proceso con garantías, a la educación y a no padecer discriminación en proceso sobre escolarización obligatoria de menores de edad. Los hechos de los que trae causa la demanda y relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, según se recogen en el antecedente segundo de la indicada sentencia, los siguientes:

El Ministerio Fiscal, al amparo de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, presentó expediente de jurisdicción voluntaria 1-2003, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín, solicitando que se acordara la inmediata escolarización de los hijos menores de los demandantes de amparo. El Fiscal aducía que los recurrentes ya habían sido citados y habían comparecido en la Fiscalía, justificando la ausencia de escolarización en que ellos se ocupaban personalmente de la educación de los menores. En la comparecencia se les apercibió de la obligación de escolarización conforme al art. 154 del Código civil (CC) -obligaciones derivadas de la patria potestad-, pero los menores no habían sido escolarizados.

Con independencia de realizar con posterioridad los pertinentes comentarios de la indicada sentencia, es lo cierto que dicha resolución ha reabierto un debate, si es que alguna vez ha estado cerrado, sobre la denominada enseñanza en el seno de la familia o familia sustituto de la escuela, el “homeschooling” e, incluso, desde el punto de vista jurídico, sobre la delgada línea fronteriza entre los conceptos educación, enseñanza y escolarización.

Sirva como primera aproximación a esta problemática la definición que de educación y enseñanza el TEDH estableció en su sentencia sobre el caso *Campbell y Cosans contra el Reino Unido*, de 25 de Febrero de 1982. Concretamente, el Tribunal dijo que *“la educación de los niños es el complejo proceso a través del cual, en cualquier sociedad, los adultos se afanan por transmitir sus creencias, cultura y otros valores a los jóvenes, mientras que la enseñanza o la instrucción se refiere especialmente a la trasmisión de conocimientos”*¹.

Sin olvidar nunca que el proceso de universalización de la enseñanza ha sido posible en gran parte al paralelo proceso de escolarización, casi siempre obligatorio, lo que suponía en realidad convertir a la escuela en el gran vehículo de transmisión de conocimientos y valores, es lo cierto que desde antiguo se han oído voces discordantes sobre si la escuela

¹ Sentencia del TEDH, de 25 de febrero de 1982, nº 33.

cumple con las funciones para la que fue creada o, dicho de otro modo, son cada vez más los políticos, sociólogos, pensadores, pedagogos, y lo que es más importante los propios Estados los que ponen en duda el papel de la escuela como único medio/referente al señalar las deficiencias de la escuela como espacio pedagógico y social².

Es en este contexto y sobre la idea de que educar no es escolarizar y que la escuela tradicional no responde ni a los planteamientos ni a las necesidades pedagógicas de la sociedad actual donde nace la llamada educación en casa, traducción directa del término sajón “homeschooling”³.

II. LA EDUCACION EN CASA EN EL DERECHO COMPARADO

El novedoso fenómeno de “homeschooling” o educación en casa surge en los Estados Unidos de América y se extendió rápidamente a países de tradición anglosajona.

Respecto a nuestro estudio resulta de interés la demanda planteada por los miembros de la comunidad *Amish*⁴. Efectivamente, corría el año 1972 cuando se somete al Tribunal Supremo estadounidense la intención/acuerdo de la comunidad *Amish* de negarse a llevar a sus hijos a la escuela por motivos religiosos, interesando para sí el derecho de educarlos dentro de la propia comunidad religiosa⁵.

El Tribunal Supremo, en la sentencia (406 US 205 1972) establece que *“para gozar de la protección de las cláusulas religiosas, las reclamaciones deben estar enraizadas en una creencia religiosa, aunque no sea fácil precisar esta noción a efectos de amparo constitucional. En este caso, es indudable*

² J. Gimeno Sacristan, *La escolarización obligatoria: su sentido educativo y social*, Morata, Madrid, 2000, pp. 9-12.

³ M.A. Asensio Sánchez, “La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa”, en *Laicidad y Libertades, Estudios jurídicos*, nº 6, Madrid 2006, pp. 10-14.

⁴ La comunidad *Amish* consideraba apropiada la escolarización de los menores hasta los 15 años, pues esto ayudaba a que los niños se formaran para leer y comprender la Biblia, pero a partir de esa edad entendían que las creencias religiosas habían de fomentarse en la propia comunidad exigiendo que los menores se apartaran de los valores de la sociedad que eran perjudiciales para su formación.

⁵ Los *Amish* son una agrupación religiosa cristiana de doctrina anabaptista, conocidos principalmente por su estilo de vida simple, su vestimenta modesta y tradicional y su resistencia a adoptar comodidades modernas. El credo y la peculiar forma de vida de esta comunidad se basa en la Biblia y en el *Ordnung*, un conjunto de normas no escritas que se preserva fielmente de generación en generación. Sus estrictas creencias religiosas les han llevado a mantener la vida tal y como era hace siglos: atienden el ganado, labran la tierra sin maquinaria moderna y viven con moderación.

que estamos ante un daño directo a una conciencia específicamente religiosa. Frente a ello, el interés del Estado por la escolarización obligatoria radica en la necesidad de preparar ciudadanos autosuficientes y respetuosos con las libertades; y no parece que ese interés pueda verse seriamente perjudicado por permitir que los hijos de los apelados terminen su participación en un centro educativo oficial uno o dos años antes de lo que dispone la Ley de Wisconsin, máxime si se tiene en cuenta que las propias comunidades Amish velan por esa preparación de la juventud, aunque con un sistema de valores diametralmente opuesto. El hipotético interés estatal en obligar a esos dos últimos años de educación no se sostiene al entrar en colisión con el ejercicio libre de la religión de los Amish. Además también se ve aquí afectado el derecho de los padres a la educación de los hijos según sus propias convicciones religiosas, una responsabilidad en la que el Estado no puede suplantar a sus titulares naturales.

En ausencia de un interés público prevalente por mantener la asistencia obligatoria a la escuela, estos dos derechos requieren que deba conceder la exención solicitada por la comunidad Amish”⁶.

Es decir, el Tribunal Supremo señaló, en definitiva, que el interés del Estado tiene como límite el interés de los padres respecto a la educación religiosa de sus hijos a los que en ningún caso puede suplantar. En el supuesto concreto al que aludimos, el “free exercise of religion” de los Amish⁷.

Tras este caso, la totalidad de los Estados han ido admitiendo los supuestos de homeschooling, si bien cada uno de ellos ha establecido determinadas condiciones, los menos lo admiten sin condiciones de control y otros, los más, establecen condiciones más o menos restrictivas⁸.

⁶ J.R. Polo Sabau, *La libertad de enseñanza en el derecho norteamericano*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1999, pp. 28-32.

⁷ Como señala A.M. Redondo García, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 145, “La tendencia jurisprudencial americana en la resolución de los conflictos basados en una interpretación más o menos amplia de la libertad educativa ha sido la de ponderar los intereses en liza tanto del Estado como de las familias, principalmente atendiendo a los derechos de libertad de los progenitores. En este sentido, la Corte Suprema ha entendido que tanto aquellos como éstos son legítimos y encuentran base constitucional, pero ni estos derechos privados, ni aquellos intereses públicos son absolutos”.

⁸ Sirva a modo de ejemplo lo que ocurre en diversos estados de la Unión. En Idaho no se establece prácticamente ninguna limitación, por lo que los padres que optan por este modelo lo hacen libremente sin comunicación a las autoridades.

En Oregón, por el contrario, las condiciones son mucho más restrictivas en el sentido de obligar a un control por parte del Estado realizando exámenes y pruebas periódicas.

Por último, en California la regulación es muy variada facultando la posibilidad de que el menor reciba la enseñanza en su casa, que exista una escuela privada domiciliaria, que se realice un programa independiente de estudios o, por último, matriculándose en los

Este fenómeno de escuela en casa acapara cada día mayor número de adeptos y encuentra un importante apoyo institucional que incluso ofrece ayudas económicas.

En Francia, la educación en familia está regulada por el Código de Educación, artículo 131.2, que establece la posibilidad de que los menores sean educados en familia por sus padres o tutores legales. Este derecho establecido de forma genérica fue desarrollado por el Decreto legislativo 297, de 19 de abril de 1994. Posteriormente, la Ley 98/1165, de 18 de diciembre de 1998, reguló de forma definitiva la educación en casa estableciendo controles por parte de Estado. Así, concretamente la inspección (el inspector) al menos una vez al año deberá asegurarse de que la enseñanza/instrucción recibida es conforme al derecho del niño, es decir, recibe los elementos del saber, los conocimientos de base y los elementos de la cultura que faciliten el desarrollo de su personalidad y la continuidad de la formación que le permita la inserción en la vida social y profesional y ejercer su ciudadanía⁹.

En Bélgica, se distingue entre educación y escolarización. Consecuencia de ello es la autorización para que la formación pueda ser satisfecha en el domicilio siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la norma, que fundamentalmente pretenden un control mínimo en la oferta educativa de los estudiantes e impedir posibles situaciones de discriminación.

En Portugal, la legislación portuguesa consagra a los padres como responsables primeros de la educación de sus hijos (Ley 9/79), y prevé tres formas de desarrollar esta educación: pública, privada y en la familia (Decreto-ley n° 553/80). Para optar por la opción de educación en casa, la familia ha de comunicarlo a las autoridades del área educativa y realizar pruebas de evaluación a los 4, 6 y 9 años.

En Austria se permite el “homeschooling”, si bien se establecen controles muy severos. Concretamente, los alumnos deben seguir un programa aprobado por la correspondiente administración educativa y superar con éxito los diferentes exámenes y pruebas que se establecen.

Por el contrario, en el Reino Unido el “homeschooling” o educación en

programas llamados de homeschoolers organizados por las escuelas privadas.

⁹ M.A. Asensio Sánchez *cit.*, p. 18 señala el procedimiento a seguir por los inspectores y el régimen de sanciones: “Los resultados del control son notificados a las personas responsables con la indicación del plazo en que deben dar explicaciones o mejorar la situación y de las sanciones que serán objeto en caso de incumplimiento. Si al término de un nuevo plazo fijado por el inspector, los resultados del control son juzgados como insuficientes, los padres son requeridos para que, dentro de los quince días siguientes, inscriban a su hijo en un establecimiento de enseñanza público o privado. Se establecen sanciones penales para el caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley que pueden llegar a la privación de libertad”.

casa se ha extendido con gran éxito. Los padres tienen la posibilidad de elegir la educación eficiente y adecuada¹⁰ para sus hijos, permitiéndose la asistencia regular a la escuela o la instrucción de cualquier otra forma. Se exige indudablemente que esa educación sea acorde con la edad, habilidades y aptitudes del alumno. Indudablemente, se introducen mecanismos de control por parte del Estado y en todo caso cuando existan dudas razonables sobre la idoneidad de la instrucción que está recibiendo el alumno deberán decidir los Tribunales.

El caso de Italia es un tanto peculiar pues exige que los padres o tutores o las personas que vayan a ser las encargadas de impartir la instrucción a los alumnos fuera de la escuela tradicional, acrediten una doble capacidad: por un lado técnica/profesional, y por otra económica. Este control se ejercita por la autoridad administrativa y su cumplimiento debe acreditarse anualmente¹¹.

En Noruega la permisibilidad de la escuela en casa viene un tanto condicionada por el clima existente y las enormes distancias. En Holanda también se permite la educación en casa pero se limita al supuesto de que en un territorio sólo existan centros escolares con idearios contrarios a la conciencia de los padres.

Otros países europeos donde está permitida y regulada la escuela en casa son Hungría, Polonia, República Checa, Suecia, Lituania, Suiza, Rusia y Estonia.

Como podemos observar, son muy numerosos los países de nuestro entorno que permiten la educación en casa.

Por el contrario, como país más relevante que no la permite se encuentra Alemania¹². El Tribunal Federal Alemán ha tenido ocasión de afirmar para

¹⁰ La interpretación de los términos eficiente y adecuada fueron objeto de arduas disputas entre los defensores (padres) de que la administración no debía interferir en ningún caso en el tipo de instrucción elegida, y la administración que solicitaba ser ella la que en último término estableciera si el modelo de instrucción elegido fuera de la escuela tradicional es o no adecuado. Los jueces determinaron que los padres no son absolutamente libres para educar a sus hijos, pero el papel de la administración no es el de control absoluto sino el de velar realizando un seguimiento (control e inspección) y, caso de comprobar alguna disfunción, tras los apercibimientos oportunos e intentos de solución amistosa, ponerlo en conocimiento de los jueces que resolverán siempre en un doble interés: por un lado, el de garantizar la libertad de los padres de elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, y por otro, el del Estado de garantizar la educación básica de los alumnos.

¹¹ Esta disposición se recoge en el Decreto legislativo n° 76, de 15 de abril de 2005, que a su vez calca otra disposición anterior: Decreto-ley n° 297, de 19 de abril de 1994.

¹² En relación a la jurisprudencia constitucional alemana véase M.J. Roca Fernández, "Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n°17, 2008. "El Estado no puede deliberadamente ejercer influencia en servicio de una determinada orientación ideológica o política. El Estado a través de las

sostener la tesis de la prohibición de la escuela en casa, la existencia del peligro de concentrar la educación y la enseñanza en una sola persona y la importancia de que los niños y niñas obtengan certificados escolares y aprendan comportamiento social. La Jurisprudencia alemana considera que si se produce un choque entre el interés del menor con el interés de sus padres, debe prevalecer el primero¹³. Es más, según establece el TC, el equilibrio entre los derechos de los padres de una parte y la obligación del Estado de otra no imponía la necesidad de eximir a los niños de la escolarización obligatoria imponiéndose el argumento de que la obligación del Estado de proporcionar educación no se refería a la adquisición de conocimientos únicamente, sino que incluye la educación de ciudadanos responsables que participan en una sociedad democrática y plural. En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que la injerencia en los derechos fundamentales de los padres era proporcionada, dado el interés general de la sociedad de evitar la emergencia de sociedades paralelas basadas en convicciones filosóficas minoritarias.

El Tribunal Constitucional, en resumen, considera que la intervención del Estado es razonable, ya que los padres aún tienen la posibilidad de educar a sus hijos por sí mismos cuando los niños se encuentran fuera de la escuela, y que la escuela estaba obligada a considerar y respetar las creencias religiosas disidentes¹⁴.

medidas educativas en la escuela pública ni puede identificarse con una determinada fe o ideología ni puede poner en peligro la paz religiosa de una sociedad. A tenor de ello las referencias cristianas no están prohibidas en la configuración de la escuela pública, pero la escuela pública debe estar abierta a otros contenidos y valores religiosos o ideológicos.

¹³ Es de especial trascendencia el caso de Renata Leuffen. En síntesis los hechos son los siguientes: la Oficina de la Infancia de los servicios sociales de la ciudad de Dusseldorf, decidió imponer a un trabajador social como tutor (Pfieger) del hijo de Renata Leuffen, periodista y escritora, en tanto en cuanto ésta no escolarizara al menor.

La madre se opuso judicialmente a esta medida alegando que Dios le ha dado la responsabilidad y autoridad de educar a su hijo en exclusiva. Según la Sra. Leuffen sería un pecado enviarlo a una escuela convencional. Considera que la única persona capacitada para enseñar a su hijo según sus necesidades y competencias es ella. Expresa su preocupación ante el declive académico y moral de la escuela pública donde su hijo aprendería obscenidades y se volvería víctima de comportamientos violentos y presión social negativa. Según esta madre, la escolarización formal equivale a abuso infantil, un desastre para la salud mental y física del menor, además de frustración y fracaso. En síntesis, su hijo no sobreviviría a la escolarización obligatoria. El Tribunal Constitucional Federal Alemán ratificó la retirada parcial de la patria potestad de la madre, y la imposición de un tutor, ante la negativa de aquella de escolarizar a su hijo. El Tribunal ratificó esta decisión en base a dos motivos: 1. La medida se basa en el interés del niño. 2. Es la menos restrictiva de los derechos de la madre tendente a asegurar la educación del niño. Y añade: El Tribunal destaca el peligro de concentrar la educación y la enseñanza en una sola persona y la importancia de que los niños y niñas obtengan certificados escolares y aprendan comportamiento social.

¹⁴ Doctrina recogida en la sentencia dictada en el conocido como caso *Konrad*. Los Sres Konrad demandaron en solicitud de que sus hijos recibieran la educación en casa dentro

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Hemos citado en páginas anteriores el caso conocido como *Renata Leuffen*¹⁵. Dicho caso llegó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Leuffen alegó que se había vulnerado en su caso los derechos derivados del artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que prevé que: *“A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”*.

Desde este momento advertimos que el TEDH no amparó la solicitud de la demandante y estableció en su sentencia argumentaciones que favorecen en realidad la confusión entre escolarización y educación¹⁶, estableciendo la obligatoriedad de la escolarización.

La sentencia del Tribunal Europeo distingue entre el derecho del menor a la educación; el derecho/obligación del Estado a garantizar esa educación (si bien establece que este derecho/obligación exige una regulación que puede variar en el tiempo y lugar de acuerdo con las necesidades y los recursos de la sociedad y de los individuos); y el derecho de los padres.

El TEDH establece que si el interés del menor entra en colisión con el interés de los padres debe prevalecer uno por encima de otro. Todo ello entendido como si el derecho a la educación del hijo estuviera separado del derecho de los padres al respeto a sus preferencias filosóficas y religiosas en cuanto a la impartición de la citada educación, y equiparando educación con escolarización en cada momento. Se considera, en resumen, que si se priva de escolarización al menor, como medio para proporcionar la citada educación acorde a las convicciones de sus padres, se le está privando de titulación académica y de relaciones sociales fuera del núcleo familiar, aspectos ambos cuya privación se consideran perjudicial para el desarrollo adecuado del menor.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha entendido que las

del programa de la Philadelphia School porque la escolarización tradicional de sus hijos pondría en peligro su educación religiosa, que ellos, en calidad de padres, asumen como una obligación derivada de la Biblia. La laicidad del sistema educativo estatal impide que puedan educarse según sus creencias religiosas, ya que no existe escuela privada alguna que corresponda a la minoría religiosa a la que pertenecen.

¹⁵ Sobre los hechos referentes al caso véase nota a pie n° 13.

¹⁶ D. Monk, “Problematising home education: challenging “parental rights” and “socialization”, *Legal Studies*, 24 (4), 2004.

convicciones de los padres no pueden interferir sobre el derecho fundamental del menor a la educación, ya que los padres no pueden rechazar el derecho a la educación de sus hijos en base a sus propias convicciones.

En el caso *Konrad*¹⁷, el TEDH mantiene la misma tesis. En resumen, la argumentación mantenida por los recurrentes se basaba en la violación del artículo 6 que recoge el derecho a un proceso equitativo, y el artículo 9 sobre libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, ambos del Convenio de 1959, si bien el recurso se centra en la vulneración del artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio que, como hemos indicado antes, trata sobre el derecho a la instrucción y, específicamente, contra la negativa a permitirles educar a sus hijos en casa en conformidad con sus creencias religiosas. El repetido artículo 2 como antes hemos indicado, señala textualmente qué debemos entender por 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 la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”*.

¹⁷ En septiembre de 2006 se publicó la sentencia del caso Konrad, que fue presentado al Tribunal en noviembre de 2003. El caso fue estudiado por la Quinta Sección del Tribunal en el expediente n° 35504/03 interpuesto por Fritz Konrad y otros contra Alemania. Los hechos son los siguientes: Los demandantes son los Konrad y sus dos hijos que pertenecen a una Comunidad Cristiana, que han decidido educar a sus hijos en casa con el programa de la “Philadelphia School”, una institución que no está reconocida como escuela privada por el Estado alemán. Los padres solicitaron autorización en agosto de 2000 para que sus hijos quedaran exentos de la escolarización obligatoria sin conseguirlo. Recurrieron a el Tribunal Administrativo de Freiburg contra la decisión administrativa que en julio de 2001 dictó sentencia en su contra. En esta sentencia el Tribunal defiende que es necesaria la escolarización para que los menores puedan adquirir competencias sociales, y por otro lado, que el derecho de los padres a educar a sus hijos no queda mermado, ya que pueden hacerlo antes y después de la escuela y durante los fines de semana. En junio de 2002 el Tribunal de Apelación Administrativo de Baden Wurttemberg rechazó la apelación en base a que el derecho de los padres a educar a sus hijos no puede llegar a permitirles privar a éstos del contacto con otros niños, ya que la escuela representa a la sociedad, y es el interés de sus hijos pertenecer a la sociedad. En cuanto a la libertad religiosa, niegan que exista tal discriminación ya que al ser una escuela laica no ejerce discriminación alguna de los niños y niñas por razón de su credo religioso. Los actores interpusieron recurso ante el Tribunal Administrativo Federal y el Tribunal Federal Constitucional, que en enero y abril de 2003 respectivamente rechazaron los respectivos recursos alegando que las instancias anteriores habían resuelto satisfactoriamente todos los motivos de recurso, y que éstas no habían vulnerado ni el derecho de los padres a educar a sus hijos ni la libertad religiosa que la Ley Básica les reconoce. En resumen, el Tribunal Constitucional Federal defiende que los derechos de los recurrentes de un lado, y de otro la obligación del Estado de proporcionar educación escolar, no exige exención a la escolarización obligatoria. Y la base es que la obligación del Estado de garantizar la escolarización de los menores no se refiere solamente a la adquisición de conocimientos, sino a la educación que ha de proporcionarse a ciudadanos responsables que han de participar en una sociedad democrática y plural.

Según los recurrentes, la escolarización de sus hijos pondría en peligro su educación religiosa, que ellos, en calidad de padres, asumen como una obligación derivada de la Biblia. La laicidad del sistema educativo estatal impide que puedan educarse según sus creencias religiosas, ya que no existe escuela privada alguna que corresponda a la minoría religiosa a la que pertenecen.

En último término apelan al segundo apartado del artículo 2 del protocolo de París que exige al Estado la obligación de respetar ese derecho de los padres a educar según sus propias creencias religiosas. El Tribunal se hace eco de la falta de consenso entre los países europeos firmantes del Convenio en cuanto a lo que entienden por educación obligatoria. Mientras que algunos países permiten la educación en el hogar, otros exigen la escolarización obligatoria en escuelas estatales o privadas. El Tribunal Europeo coincide con las instancias germanas en la afirmación de que no sólo es la adquisición de conocimientos la finalidad de la institución educativa, sino que la educación como primera experiencia integradora del infante es la finalidad primordial de todo el sistema educativo. Y este objetivo integrador en sociedad es el que no puede lograrse de igual modo a través de la educación en el hogar, aunque sí pudiera por ese sistema conseguir una adquisición de conocimiento equiparable a la escuela regular. 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, así el Tribunal Europeo incide en que esta interpretación es acorde con su propia Jurisprudencia y con la importancia del pluralismo para la democracia.

Destaca el Tribunal Europeo la constatación que realiza el Tribunal Federal en cuanto a la no vulneración del derecho de los padres a educar a sus hijos, fuera de la escuela y durante los fines de semana. La educación obligatoria no priva a los padres de su derecho a “*ejercitar las funciones parentales propias de educador, o de guiar a sus hijos por el sendero de sus propias convicciones religiosas y filosóficas*”. En consecuencia, se rechaza por infundada la demanda basada en la infracción de este art. 2 del protocolo de París.

Esta interpretación restrictiva casa perfectamente con la también interpretación restrictiva que mantiene el Tribunal Europeo en otras sentencias¹⁸ respecto de la obligación estatal de respetar el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones religiosas

¹⁸ Entre otros los siguientes casos *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* de 1976; *Campbell y Cosans contra el Reino Unido* de 1982; *Efstratiou y Valsamis contra Grecia* de 1996; *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España* de 2000; *Folgero contra Noruega* de 2007 ó *Hassan y Eylem Zengin contra Turquía* de 2007

o morales. Según el Tribunal, ese derecho no exige necesariamente una plena acomodación a las creencias de los padres, sino que únicamente prohíbe al Estado perseguir un fin de adoctrinamiento en la organización del sistema educativo¹⁹. *“El estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela porque las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sea 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”*.

Este mismo argumento aplicado específicamente a la posibilidad de recibir educación en casa encuentra acomodo al expresar el propio Tribunal Europeo que el respeto a las convicciones de los padres solo se sostiene en la medida en que no entra en conflicto con el derecho de los niños a la educación, de modo que los padres no pueden negar el derecho de los hijos amparándose en sus propias creencias. Los Estados, al organizar el sistema de enseñanza pueden adoptar fórmulas diversas, permitiendo que conviva junto a la enseñanza obligatoria en escuelas públicas o privadas, la educación en el hogar.

Finaliza el Tribunal Europeo admitiendo y permitiendo la decisión particular que los Estados adopten sobre este tema, pero recordando que la escolarización del menor en la escuela tradicional juega un papel fundamental en la adquisición de conocimientos pero sobre todo en la integración del menor en la sociedad.

IV. CONTENIDO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN BÁSICA Y EL DERECHO/DEBER A LA ESCOLARIZACIÓN. EL ARTÍCULO 27.4 DE LA CONSTITUCIÓN

Afirma Asensio Sánchez²⁰ que “la consolidación de la escolarización como auténtico fenómeno socio-educativo tiene lugar con la creación de

¹⁹ F. Fernández Segado, “La interpretación del derecho a la educación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, nº 106, 1987, pp. 5 ss.

²⁰ M.A. Asensio Sánchez, *cit.*, p. 30. El mismo autor afirma que los orígenes de la escolaridad obligatoria aparecen en 1642 en el estado de Gota, Alemania, en las denominadas escuelas rurales, Dorfschulen. Más tarde surgieron en 1695 las escuelas para pobres de Francke en Halle. En 1717 Federico I de Prusia proclamó la obligatoriedad escolar en los Dorfschulen y, en 1747, aparecen en Berlín las escuelas científico-técnicas impulsadas por los postulados educativos del Despotismo Ilustrado imperante y la importancia que concedía a las ciencias empíricas.

los sistemas educativos modernos, principalmente durante los dos últimos siglos, y el progresivo reconocimiento en los ordenamientos del principio de la enseñanza obligatoria gratuita. En nuestro país, la Ley Moyano es la que consagra definitivamente como obligatoria la enseñanza elemental, pero sin unirla necesariamente a la escolarización al permitir a los padres o tutores proporcionar en casa esta clase de instrucción²¹. Esta línea iniciada por la Ley Moyano se repite en la legislación educativa hasta la Ley de 17 de julio de 1945 que establece la escolarización obligatoria”.

Efectivamente, a la Ley Moyano, permisiva con la enseñanza en casa, le siguieron en el mismo sentido la Ley de instrucción primaria, de 2 de junio de 1868, el Decreto de 29 de julio de 1874, y el Reglamento de 18 de agosto de 1885. Esta última norma fija específicamente los requisitos que deben cumplir los establecimientos particulares o escuelas libres de enseñanza.

Es a partir de la reforma operada en el régimen del General Franco, concretamente en el año 1945, cuando se prohíbe la enseñanza domiciliaria, al producirse una identificación entre el deber de cursar la enseñanza obligatoria con la escolarización obligatoria.

Tras la entrada en vigor de la vigente Constitución la situación en síntesis se mantiene. El artículo 27.1 consagra el derecho a la educación dentro de los derechos fundamentales²². Así, el apartado segundo de dicho artículo establece que el objetivo fundamental es garantizar el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. El apartado cuarto al establecer la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica lo que hace es reforzar el derecho a la educación con la obligación de cursar la enseñanza básica, es decir, es un derecho/deber protegido de forma privilegiada al ser incluido dentro de los llamados derechos fundamentales o de máxima protección constitucional. Y precisamente esta máxima protección se refuerza todavía si cabe más en el mandato expreso contenido a los poderes públicos en el apartado quinto del repetido artículo 27: “*Los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación...*”.

Así las cosas, nos realizamos la siguiente doble pregunta: ¿La Constitución establece la obligatoriedad o deber de cursar la enseñanza básica?; y en caso afirmativo, ¿debe la enseñanza básica conectarse directamente con la escolarización obligatoria?.

²¹ El artículo 7 de la Ley Moyano señala “*La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores o encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta los nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas o en establecimientos particulares*”.

²² Art. 27.1 CE: “*Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza*”.

A la primera de las preguntas y en consonancia con lo hasta ahora manifestado, entiendo que no cabe otra posición que la respuesta afirmativa, aun conociendo la existencia de algunas tesis discordantes²³. Considero que es evidente que la Constitución establece la obligación de cursar la enseñanza obligatoria como un derecho pero también un deber por la sencilla pero fundamental razón de ser un instrumento idóneo, el principal, para alcanzar el objetivo de la educación, es decir, el libre desarrollo de la personalidad humana. La Constitución establece este deber como una obligación de los poderes públicos. Es un deber/derecho no renunciable ni por los ciudadanos ni por los poderes públicos²⁴.

Mayores problemas suscita la respuesta a la segunda de las preguntas enunciadas, es decir, la conexión inmediata y directa entre la obligatoriedad de la enseñanza básica y la obligatoriedad de la escolarización.

Continuando con nuestro razonamiento podemos afirmar que la escolarización obligatoria aparece configurada por el legislador como un derecho/deber. Respecto a que sea un derecho no admite discusión alguna por cuanto nace de su propia obligatoriedad según dispone el artículo 24 de la Constitución.

Mayores problemas plantean considerar la escolarización obligatoria como un deber. Quien así lo mantiene se basa en que lo dispuesto en el artículo 27.4 es un derecho de todo individuo, con independencia de la edad, y es un derecho ineludible. Los que así piensan afirman que el deber de escolarización garantiza la efectividad del derecho a la educación.

Sin embargo, parece más lógico afirmar que la Constitución no

²³ F. Rubio Llorente, “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 62, 2001, p. 25 considera que el deber escolar sería junto al deber de trabajar y el deber de proteger el medio ambiente un deber de carácter anómalo cuyo fundamento no se encontraría en la necesidad de dotar a la nación de ciudadanos ilustrados, sino en el propio derecho a la educación: se tiene el deber porque se tiene el derecho lo que hace difícil su exigibilidad; y si además se añade que las decisiones de los padres o tutores estaría protegida por el derecho a la intimidad familiar del artículo 18 de la Constitución, la posibilidad de exigir responsabilidad por el incumplimiento del deber en la práctica quedaría reducida a casos marginales, e incluso en ellos tropieza con grandes dificultades, lo cual además sería más conforme a la condición de derecho libertad del derecho a la educación.

²⁴ Entre otros, véase R. Asís Roig, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; J.L. Martínez López-Muñiz, “La educación en la Constitución Española”, *Persona y derecho*, n° 6, 1979; I. de los Mozos Touya, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995; A.M. Redondo, *cit.*; M.A. Asensio Sánchez, *La objeción de conciencia... cit.*; A. Fernández-Miranda y Campoamor y J.A. Sánchez Navarro, “Artículo 27; enseñanza”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1996; A. Fernández-Miranda y Campoamor y J.A. Sánchez Navarro, “De la libertad de enseñanza al derecho a la educación”, en *Los derechos educativos en la Constitución española*, Ceura, Madrid, 1988; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales, Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

identifica en modo alguno el deber de cursar la enseñanza con el deber de escolarización. No identifica enseñanza obligatoria con escolarización. El artículo 27 lo único que dispone es que la enseñanza básica será obligatoria, pero no que ésta deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatoria *“de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados -y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción-, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquel puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político”*²⁵. Por tanto, la escolarización obligatoria es una opción política pero que en ningún caso entiendo viene impuesta por el mandato Constitucional.

Quiere ello decir que el interés social de la escolarización se concreta en la necesidad de que todos los individuos cumplan la obligación de enseñanza básica impuesta en el artículo 27.4. Y queda claro que la Constitución no establece como único y exclusivo medio la escolarización. Es precisamente este argumento el utilizado en gran parte de países de nuestro entorno, como ya hemos analizado en páginas anteriores, para admitir la enseñanza en casa u otro tipo de enseñanza diferente a la reglada en la escuela tradicional.

V. LA ESCUELA EN CASA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Quizás la primera vez en la que se planteo este tema en España lo fue desde la perspectiva de si el incumplimiento de la obligación por los padres a escolarizar a sus hijos, 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. Los hechos que dan lugar a este procedimiento fueron los siguientes.

Por Resoluciones de 10 de julio de 1990, la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña acordó -de conformidad con lo dispuesto en los arts. 172 y ss. del Código Civil, en el Decreto 332/1988, de 21 de noviembre, de Reasignación de Competencias en Materia de Protección de Menores, y en el Decreto 380/1988, de 1 de diciembre, por el que se amplían las competencias y se estructura la Dirección General de Atención a la Infancia-, declarar la situación de desamparo de determinados menores (concretamente un grupo de 23 niños, todos ellos miembros de la organización denominada

²⁵ FJ 7,a) de la STC 133/2010, de 2 de diciembre de 2010.

«Niños de Dios»), y asumir su tutela automática. Tales Resoluciones se basaban en el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales.

Los padres de los menores se opusieron a las medidas acordadas por las Generalidades. Tal oposición fue desestimada por sendos Autos del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona; en opinión del Juzgado, los menores se encontraban en situación de desamparo y procedía, en consecuencia, la asunción de su tutela por la Administración autonómica. Promovido recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la Sección Primera dictó Autos revocatorios de los de instancia, dejando sin efecto las medidas administrativas adoptadas. A juicio de la Audiencia Provincial, los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física, intelectual, espiritual y moral. La Audiencia 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”*. En consecuencia señala la Audiencia que su formación educativa, realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución, y, en definitiva, debía *“prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos”*.

Esta resolución fue recurrida en amparo por la Generalidad alegando infracción del art. 27 (apartados 1 a 5) en relación con el art. 15, ambos de la Constitución. A juicio de la Generalidad de Cataluña, se vulneró el art. 27.1 de la Constitución en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral; entendiéndose que la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el art. 27 de la Constitución reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, sin que tal reserva suponga injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, de forma que, sobre la base de los arts. 16.1 y 15 de la Constitución, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Protocolo Adicional, así como de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y de la doctrina sentada en la STC 24/1982, hay que concluir que el derecho a la libertad

religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral.

Por su parte, los padres sostienen que la revocación del Auto recurrido supondría la vulneración de los arts. 16 y 27 de la Constitución. En su opinión, es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados. Consideran que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el 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.

El recurso fue desestimado por el Tribunal Constitucional, que no entró en el fondo del asunto y se limitó a señalar que los Autos impugnados 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.

Sin embargo, quizás lo más interesante de la sentencia sea las consideraciones vertidas por el magistrado Vicente Gimeno Sendra en su voto particular. Éste manifiesta que debieron haber entrado en el fondo del asunto en el presente recurso de amparo, y haber declarado que la resolución impugnada infringe el derecho a la educación del art. 27.1 de la Constitución. El presente recurso de amparo plantea 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 las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática”*, (fundamento jurídico 8, in fine, de la resolución recurrida) -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, si ello fuera del todo punto necesario. En opinión del magistrado, el art. 27.1 contempla el segundo de los citados derechos, cuyo único titular originario son los niños, aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercitarlo a través de la representación. Es cierto que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (o unión de hecho) 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 adecúe a sus convicciones (con la especial tutela a la religión católica proclamada por el art. 16.3 C.E. y Acuerdos con la Santa Sede); por tanto, 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.

Otras sentencias, si bien de Audiencias Provinciales que merecen ser destacadas, son la Sentencia 112/1996, de 29 de febrero de la Audiencia Provincial de Granada²⁶, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre. En ambas, basándose en lo indicado en la sentencia del TC, se absuelve a los acusados por desescolarizar a sus hijos en base a que el procedimiento penal no debe ser el adecuado para perseguir este tipo de conducta.

Una cuestión similar es la que se plantea en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre²⁷.

²⁶ Dice la indicada sentencia textualmente 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 la paz social, imperando el principio de la 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... 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,... el niño es un ser inerte que recibe de los padres y su entorno todo género de temores y complejos,... para proclamar la superioridad de un sistema educativo sobre otro debe basarse en presupuestos psicológicos, sociológicos, culturales y morales... 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). Por tal motivo, se absuelve a los acusados por desescolarizar a sus hijos en base a que el procedimiento penal no debe ser el adecuado para perseguir este tipo de conducta.

²⁷ L. Ruano Espina, "El derecho a elegir en el ámbito escolar la educación religiosa y moral que este de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 19, 2009, p. 35, recoge el supuesto de hecho que da lugar al pronunciamiento judicial y que 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 58, 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

1. La sentencia del TC 133/2010, de 2 de diciembre

Los hechos son los siguientes. El Ministerio Fiscal, al amparo de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, presentó expediente de jurisdicción voluntaria 1-2003, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín, solicitando que se acordara la inmediata escolarización de los hijos menores de los demandantes de amparo. El Fiscal aducía que los recurrentes ya habían sido citados y habían comparecido en la Fiscalía, justificando la ausencia de escolarización en que ellos se ocupaban personalmente de la educación de los menores. En la comparecencia se les apercibió de la obligación de escolarización conforme al art. 154 del Código civil (CC) -obligaciones derivadas de la patria potestad-, pero los menores no habían sido escolarizados.

El Juzgado de Primera Instancia de Coín dictó sentencia desestimando la demanda y ordenando la escolarización de los menores²⁸.

Esta Sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, que centró los términos del debate en si la educación que los menores recibían en su domicilio era suficiente para cumplir el mandato constitucional del art. 27.4 CE. Al respecto, la Sala afirmó que la escolarización estaba integrada en el concepto básico de derecho a la educación, no sólo por los beneficios que los menores pueden tener

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.

²⁸ El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín dictó Sentencia el 5 de mayo de 2003, ordenando a los demandantes de amparo que escolarizasen a sus respectivos hijos menores de edad en el ciclo escolar básico en el curso 2003/2004. Fundamenta su decisión en que, sin juzgar la calidad de la enseñanza domiciliaria que estén recibiendo y admitiendo que son familias bien estructuradas cuyos padres se preocupan por sus hijos, el art. 27.4 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación. A mayor abundamiento, el órgano judicial añade que la exclusión del sistema oficial puede generar a los menores serios problemas en su desarrollo futuro, tanto en el ámbito académico -sirva de ejemplo las dificultades para el acceso a la Universidad-, como social y de integración con otros niños de su edad.

mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de grados y titulaciones. El órgano de apelación arrancaba del Voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra del que nos hemos ocupado en páginas anteriores dictado en la STC 260/1994, de 3 de octubre, para llegar a afirmar que el art. 27.3 CE ampara el derecho de los padres a impartir en el seno de la familia la enseñanza que estimen conveniente, enviar a sus hijos al colegio que deseen y exigir de los poderes públicos la formación que mejor se adecue a sus convicciones, pero no ampara el derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos sabrán impartir la educación adecuada. El órgano judicial 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.

Los demandantes recurren en amparo al Tribunal Constitucional que dicta la sentencia que ahora comentamos. La cuestión central que plantea este recurso de amparo es la relativa a la vulneración del derecho a la educación (art. 27 CE) que los demandantes concretan en las siguientes:

En primer lugar, se alega que la libertad de los recurrentes para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, sin acudir a la escuela por ellos denominada como “oficial”, se encuentra protegida por el art. 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), y el 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), sin que, por otra parte, resulte incompatible con los mandatos en virtud de los cuales, de un lado, 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 (art. 27.2 CE), y de otro, la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE). En segundo lugar, en este contexto nos encontraríamos, al parecer de los recurrentes, ante una “laguna legislativa; pues no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes”, de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de “haber[la] suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos”, la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional señalada en primer lugar (F.J. 4º).

El tribunal resuelve el conflicto estableciendo que ha de ser rechazado por dos razones siendo la primera de ellas la de que 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 reconoce²⁹. La segunda, incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera en el caso de autos motivada por razones de orden moral o religioso y, en esa medida, encontrara acomodo en el contenido en principio protegido por el art. 27.3 CE, que es la disposición constitucional a la que los recurrentes adscriben principalmente la posición jurídica que invocan, la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido. (F.J. 7°)

Concluye el Tribunal Constitucional que la decisión adoptada por el legislador mediante el art. 9 LOCE (cfr. actualmente art. 4.2 LOE), en cuya aplicación al caso concreto se adoptaron las resoluciones

²⁹ “No está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. 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 (art. 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 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

La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la 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, ese derecho constitucional 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 4) 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), un derecho éste que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, 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”. Más allá de este doble contenido, el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado” (F.J. 5°).

judiciales impugnadas en este proceso, resulta constitucionalmente inobjetable, si bien realiza la siguiente precisión que entendemos es de vital importancia: *“La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un periodo de escolarización de duración determinada (cfr. arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (art. 27.1 y 2 CE). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial. Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE), así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución, es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo”*.

Es decir, la sentencia del Tribunal Constitucional en mi opinión no considera inconstitucional un sistema diferente al tradicional de escolarización obligatoria en la escuela como pudiera ser el de educación en casa o homeschooling. Al contrario, lo que el Tribunal Constitucional establece es que no es contrario a la Constitución el sistema vigente de escolarización obligatoria pero permite por ser perfectamente compatible, otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo, si bien se abstiene a la hora de describir cuales deben ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución.

Esta concepción es completamente acorde a lo que en capítulos anteriores hemos recogido como criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en múltiples sentencias ha establecido que el derecho a la educación tal y como está recogido en el artículo 2 del protocolo nº 1 por su propia naturaleza exige una regulación del Estado, que podrá variar en

el tiempo y el lugar según las necesidades y los recursos de la Comunidad y de los individuos. Los Estados, al organizar el sistema de enseñanza, pueden adoptar fórmulas diversas, permitiendo que convivan junto a la enseñanza obligatoria en escuelas públicas o privadas la educación en el hogar.

A modo de conclusión final, debo señalar que en mi opinión considero no existe inconveniente constitucional para permitir una futura regulación legislativa de la educación en casa, eso sí estableciendo los criterios de control e inspección adecuados para hacerla compatible con el interés del menor y la libre formación de su personalidad.

TITLE

ON THE PRACTICE OF THE "HOMESCHOOLING" IN SPAIN AND EUROPEAN JURISPRUDENCE

SUMMARY

I. INTRODUCTION.- II. THE HOME SCHOOLING IN COMPARATIVE LAW.- III. THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.- IV. LEGAL AND CONSTITUTIONAL CONTENT OF BASIC EDUCATION AND THE RIGHT/DUTY TO SCHOOLING. ARTICLE 27.4 OF THE CONSTITUTION.- 5. THE HOMESCHOOLING IN THE SPANISH JURISPRUDENCE: 1. The judgment of the TC 133/2010 of December 2.

KEY WORDS

Education; Homeschooling; Conscientious objection.

ABSTRACT

STC 133/2010 has reopened the debate on the so-called education within the family or "homeschooling" and even from the legal perspective on the thin borderline between the concepts of education, teaching and schooling. This paper gives attention to the treatment of this phenomenon in comparative law and it summarizes the European Court of Human Rights Case Law on this field, also focusing on the Spanish Constitutional Court decisions and particularly on the meaning of the above mentioned 2010 decision that gives support to the system of compulsory education, but at the same time it sets the principle that any other alternative different from the system of compulsory education in schools, such as the so called homeschooling, could be equally valid under the Constitution.

Fecha de recepción: 13/07/2011. Fecha de aceptación: 20/07/2011.