

HOMESCHOOLING O EDUCACIÓN EN CASA: ILEGALIDAD O DERECHO DE LOS PADRES¹

María José Valero Estarellas
Universidad Complutense de Madrid

Abstract: Still relatively unknown to most jurists, the educational alternative of homeschooling threatens to become the second-to-last conflict between parents and State in the always controversial realm of education in Spain. The purpose of this paper is to present readers with a preliminary approach to the legal dimension of *homeschooling*, from its resurgence in the second half of the 20th century to its current legal status in Spain after the December 2 2010 judgment by the Spanish Constitutional Court, stopping briefly to reference how the Strasbourg Court of Human Rights has tackled this particular issue. The paper concludes with a reflexion on the convenience of a future statutory regulation of home-education in my country.

Keywords: Educational rights; *homeschooling*; freedom of conscience and religion; European Court of Human Rights; minors.

Resumen: Desconocida aún para muchos juristas, la modalidad educativa de la educación en casa amenaza con convertirse en un nuevo punto de fricción entre padres y Estado en la siempre controvertida cuestión de la educación de los menores de edad en nuestro país. El propósito de este trabajo es el de ofrecer al lector una primera toma de contacto con la dimensión jurídica del *homeschooling*, desde su resurgir en la segunda mitad del siglo XX hasta su actual situación legal en España a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, pasando por una breve reflexión en torno al modo en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta cuestión. Finalmente, el artículo concluye con una reflexión en torno a la

¹ Texto de la ponencia presentada en la sesión que bajo el título de “Cuestiones actuales sobre libertad religiosa, matrimonio y educación” tuvo lugar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 20 de marzo de 2012, y que ahora se publica por primera vez. Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Javier Martínez-Torrón por sus sugerencias en la fase de redacción de este trabajo, así como por su inestimable aportación en el debate que se inició tras la presentación de la ponencia.

conveniencia de una futura regulación por ley de la educación en casa en España.

Palabras clave: Derechos educativos; *homeschooling*; libertad de conciencia y religión; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; menores.

Antes de dar comienzo a mi exposición, quisiera en primer lugar expresar mi más profunda gratitud a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en particular a su Secretario y también Presidente de la Sección de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, profesor Rafael Navarro-Valls, por invitarme a participar hoy en esta interesantísima sesión en compañía de tan ilustres colegas. Mi agradecimiento no es sólo consecuencia de lo honrada que me siento por poder formar parte activa en un acto celebrado en esta casa que todos los juristas consideramos orgullosamente como nuestra, sino también por la oportunidad que se me brinda esta tarde de poder acercar a los aquí presentes, muy especialmente al gran número de alumnos del primer curso del Grado en Derecho, un fenómeno relativamente desconocido para quienes nos dedicamos al estudio o práctica del derecho, pero del que previsiblemente oiremos hablar en un futuro tal vez no muy lejano²: la educación en casa o, en su más habitual denominación anglosajona, el *homeschooling*.

Dado que para muchos de los hoy aquí presentes tal vez sea esta la primera ocasión en que se les propone una indagación en las implicaciones jurídicas de la modalidad educativa de la educación en el hogar o en familia, mi intención esta tarde es no ir más allá de trazar unas líneas esenciales, de dar las primeras pinceladas que hagan aparecer ante ustedes, ciertamente no un cuadro hiperrealista, pero sí al menos la aproximación propia del impresionismo de aquello en que consiste el *homeschooling*, y muy especialmente, de la incidencia que en el campo de los derechos fundamentales tiene este fenómeno educativo. Por ello, sin abandonar en ningún momento el rigor jurídico que

² Esta tendencia empieza a manifestarse ya tímidamente entre la doctrina. A modo de ejemplo destacar los recientes trabajos de: BARRAGUÉ CALVO, Borja, "Neutralidad liberal y libertad religiosa. Consecuencias de la STC 133/2010 para la práctica del *home schooling*"; y VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J., "*Home schooling* y Constitución. Consideraciones sobre un puente jurisdiccional constitucional", ambos trabajos en *Estudios de Deusto* 59 (2011), pp. 11-39 y 259-276 respectivamente. También, MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, "El "Homeschooling" en el derecho español", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 25 (2011), pp. 1-41; y VALERO ESTARELLAS, M^a José, "*Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y el 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. 1-32. Muy destacable igualmente la reciente monografía de la profesora BRIONES MARTÍNEZ, Irene M^a, *La libertad religiosa en los Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema educativo de la educación en familia*, 1^a ed., Atelier, Barcelona 2012.

exigen el marco en que me hallo y el auditorio al que me dirijo, van a permitir que mi intervención esta tarde se centre en aspectos descriptivos, sin perjuicio del análisis crítico, necesariamente breve, que en su momento dedicaré a algunas tendencias jurisprudenciales en esta materia. Mi propósito fundamental es hacer nacer en ustedes un interés por esta controvertida realidad educativa que viene a sumarse en nuestro país a la larga lista de conflictos que tienen como escenario principal el campo de la educación³.

* * *

Siguiendo el sabio consejo que El Rey de Corazones dio al Conejo Blanco en la célebre obra de Lewis Carroll⁴, empezaré por el principio: ¿qué es la educación en casa o *homeschooling*? Dicho de forma muy sencilla y a los meros efectos de una primera aproximación, podemos decir que se trata de la opción de algunos padres de educar a sus hijos menores de edad al margen del sistema escolar, de modo que, bien ellos mismos directamente, bien pequeñas comunidades educativas no oficiales, son quienes se encargan de impartir a los niños los conocimientos técnicos y los valores que los demás aprendemos habitualmente en la escuela⁵. Se trata en definitiva de niños que, estando en edad de escolarización, no asisten al colegio. Y no lo hacen, o al menos no en la mayoría de los casos, porque se hallen en situaciones de exclusión social o marginalidad que deriven en un absentismo escolar, sino a partir de la opción consciente y responsable de unos padres que deciden asumir en primera persona la educación integral –tanto formal como informal– de sus hijos⁶. Los padres no se niegan a *educar* a sus hijos, sino que se niegan a *escolarizarlos*, que es algo bien distinto.

Esta opción educativa que a nosotros en España nos puede resultar muy sorprendente e inusual no es, como veremos inmediatamente, en absoluto desconocida en países de nuestro entorno cultural, donde llega en ocasiones incluso a ser una práctica relativamente habitual. Así, en los Estados Unidos de América la formación de los hijos en el hogar o fuera del entorno educati-

³ Cfr. ROCA, María J., “Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”, en *Los derechos fundamentales en la educación*, (REQUERO IBÁÑEZ, José Luís y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, dirs.), 1ª ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 152 y ss.

⁴ CARROLL, Lewis, *Alicia en el país de las maravillas*, 1ª ed., Edhasa, Barcelona 2002, p. 120: “El Conejo Blanco se caló los anteojos. – Con la venia de Su Majestad –preguntó–, ¿por dónde empiezo? – Comienza por el comienzo –dijo muy gravemente, el Rey– y sigue hasta que llegues al final; entonces paras”.

⁵ MONK, Daniel, “Regulating home education: negotiating standards, anomalies and rights”, en *Child and Family Law Quarterly* 21 (2009), p. 157.

⁶ NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pp. 217 y ss.

vo institucional está ampliamente extendida, está muy bien organizada y goza de un alto grado de aceptación social –si bien no está exenta también de duras críticas–⁷. El *homeschooling* también es legal en lugares como Australia, Indonesia, Nueva Zelanda o Kenia. En la vieja Europa no tenemos que ir muy lejos para encontrar países en los que, como es el caso de Dinamarca e Irlanda, el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos una educación formal fuera del sistema escolar es reconocido por sus propias constituciones⁸. Sin reconocimiento constitucional pero sí legal, la educación en casa se practica igualmente en el Reino Unido, Austria, Francia, Italia y Dinamarca, entre otros

⁷ Existe una prolífica y constante producción científica sobre esta cuestión. A modo de ejemplo, *vid.* CONRAD Haley J., “The Constitutionality of Teacher Certification Requirements for Homeschooling Parents: Why the Original *Rachel L.* Decision was Right”, en *Drexel Law Review* 2 (2006), pp. 206-257; YURACKO, Kimberly A., “Education off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling”, en *California Law Review* 96 (2008), pp. 123-184; ROSS, Catherine J., “Fundamentalist Challenges to Core Democratic Values: Exit and Homeschooling”, en *William & Mary Bill of Rights Journal* 18 (2009-2010), pp. 991-1014; WADELL, Timothy B., “Bringing It All Back Home. Establishing a Coherent Constitutional Framework for the Re-regulation of Homeschooling”, en *Vanderbilt Law Review*, pp. 541-589; y REICH, R., “Why Homeschooling Should Be Regulated”, pp. 1-18. Disponible en la página web de la Universidad de Stanford, <<http://www.stanford.edu/group/reichresearch/cgi-bin/site/wp-content/uploads/2011/01/Reich-WhyHomeSchoolsShouldBeRegulated.pdf>> (Consultado el 5 de noviembre de 2012). También, GREENFIELD, Louis A., “Religious Home-Schools: That’s not a Monkey on your Back, it’s a Compelling State Interest”, en *Rutgers Journal of Law and Religion* 9 (2007), pp. 1-28; BARTHOLOMEW, Khianna, “Avoiding Implicit Acceptance of Bigotry: An Argument for Standardized Texting of Home-schooled Children”, en *Cornell Law Review* 92 (2006-2007), pp. 1177-1200; y McMULLEN, Judith G., “Behind Closed Doors: Should States Regulate Homeschooling?”, en *South Carolina Law Review* 54 (2002-2003), pp. 75-109.

⁸ El artículo 76 de la Constitución de Dinamarca establece que “[a]ll children of school age shall be entitled to free instruction in the elementary schools. Parents or guardians who themselves arrange for their children or wards receiving instruction equal to the general elementary school standard, shall not be obliged to have their children or wards taught in elementary school”. <http://www.servat.unibe.ch/icl/da00000_.html> (Consultado el 1 de noviembre de 2012).

Por su parte el artículo 42 de la Constitución de la República de Irlanda establece: “1. The State acknowledges that the primary and natural educator of the child is the Family and guarantees to respect the inalienable right and duty of parents to provide, according to their means, for the religious and moral, intellectual, physical and social education of their children. 2. Parents shall be free to provide this education in their homes or in private schools or in schools recognised or established by the State”. <<http://www.homeschool-ireland.com/law-article42.php>> (Consultado el 1 de noviembre de 2012).

A su vez, el artículo 16 de la Constitución de Finlandia de 1999 permite igualmente formas de educación alternativas a la básica al establecer que: “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”. <<http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731.pdf>> (Consultado el 1 de noviembre de 2012).

países. En efecto, su popularidad más allá de nuestras fronteras resulta fácilmente comprobable empíricamente si tienen ustedes la suerte de vivir en localidades costeras. Si en una soleada mañana cualquiera se dan ustedes un paseo por los muelles y pantalanes del puerto, podrán probablemente presenciar la escena de una familia –padre, madre y varios hijos– sentada en torno a la mesa de popa de alguna embarcación con pabellón estadounidense, británico, danés o incluso australiano, enfrascada en el estudio de cualquier materia escolar. Señores, les presento a la familia *homeschooler*.

O mejor dicho, les presento a una familia *homeschooler*, porque hay muchas y con muy distintas inquietudes y motivaciones. En pleno siglo XXI, si hay algo que caracteriza a la educación en casa es que ésta se presenta como una realidad diversa y plurifacética⁹, en la que conviven padres *new-age* y *eco-friendly* con otros con unas inquietudes religiosas que les hacen desear para sus hijos una educación acorde con unas creencias que no ven respetadas en la educación normalizada; padres que nunca han llevado a sus hijos a la escuela con otros que han dejado de hacerlo por tener destinos profesionales fuera de sus países de origen o por no haber encontrado otras alternativas a situaciones de violencia, acoso, fracaso escolar o incluso de falta de respuesta del sistema educativo institucional a las especiales necesidades educativas de sus hijos. La tradicional afirmación de que todos los padres que deciden educar a sus hijos en casa son personas de una religiosidad extremista que pretenden proteger a sus retoños de la nefasta influencia de un mundo secularizado, y de unas escuelas que enseñan valores contrarios a su fe, no es hoy más que un cliché¹⁰.

La educación en casa deja de parecer tan sorprendente si hacemos un fácil ejercicio de memoria. Si echamos la vista atrás un par de siglos, comprobamos que hasta bien entrado el siglo XIX, y al contrario de lo que ocurre hoy en día, la formación de los niños fuera del hogar más que la regla general, era la excepción¹¹. La creciente consideración de la educación universal y gratuita como un derecho democrático y como una tarea que había de ser principalmente asumida por los Estados, así como los avances en el campo de la psicología infantil y la creciente tendencia a considerar la escolarización como un elemento importante del bienestar de los menores de edad, propiciaron que la

⁹ MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, “Objeciones de conciencia y escuela”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 15 (2007), p. 22.

¹⁰ Para un estudio detenido de esta cuestión, *vid.* KUNZMAN, Robert, “Homeschooling and religious fundamentalism”, en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), pp. 17-28.

¹¹ *Vid.* VALERO ESTARELLAS, M^a José, *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://eprints.ucm.es/15784/>>, p. 9, en nota al pie 16. (Consultado el 9 de noviembre de 2012).

educación en casa fuese desapareciendo progresivamente, dando paso, mediante la promulgación de normas que exigían a los padres enviar a sus hijos a la escuela, al generalizado sistema de escolarización obligatoria de los menores de edad que conocemos hoy en día. Si a ese interés del Estado en promover el derecho universal a la educación y el libre desarrollo de la personalidad, unimos el componente socializador que va indivisiblemente unido a la tarea educativa y que está orientado a la transmisión tanto de conocimientos como de valores socialmente relevantes¹², es de justicia admitir el incuestionable valor que la generalización de la escolarización ha tenido en la evolución y desarrollo que actualmente conocen las sociedades occidentales.

Y en este escenario de generalizada escolarización obligatoria de los menores de edad, ¿cómo vuelve a surgir el deseo de los padres de recuperar la educación en casa? Y, tal vez más importante ¿por qué motivos y basándose en qué derechos? Veámoslo brevemente.

La década de los sesenta del pasado siglo XX alumbró el fenómeno contemporáneo de lo que hoy se conoce como *homeschooling*, y lo hizo como parte de un movimiento progresista que propugnaba un sistema educativo menos estructurado y en el que los padres tuviesen una mayor autonomía pedagógica. Impulsado por el pedagogo y profesor norteamericano John Holt, este movimiento estaba muy próximo a lo que hoy se conoce como “libertad en el aprendizaje” o *unschooling*, y se basaba en la creencia de que los niños tienen una predisposición natural para aprender que les hace ser especialmente receptivos cuando son animados a seguir sus propios intereses, y no un currículo rígido, preestablecido e igual para todos¹³. Rápidamente el *homeschooling*, que inicialmente había sido un fenómeno propio de la izquierda contra-cultural, fue tornándose sin embargo en Estados Unidos en un movimiento de rechazo a la escolarización obligatoria (*compulsory school attendance*) basado en las creencias religiosas de unos padres que, haciendo uso de su derecho a educar a sus hijos de una manera conforme con sus convicciones, exigían el poder hacerlo al margen del sistema educativo institucional. Numerosas familias conservadoras y religiosas –principalmente protestantes– veían con creciente recelo la introducción e implementación en los colegios públicos americanos de nuevas filosofías educativas progresistas que se alejaban de los principios que se deducían de sus interpretaciones de las Sagradas Escrituras¹⁴. Así planteada, la objeción de conciencia a la obligatoriedad de la

¹² Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3^a ed., Navarra, Civitas, 2008, p. 494; y ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, “La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa”, en *Laicidad y Libertades*, 6 (2006), p. 11.

¹³ Cfr. ROSS, Catherine J., “Fundamentalist Challenges ...”, cit. en nota 7, p. 994; y YURAKO, Kimberly A., “Education off the Grid...”, cit. en nota 7, pp. 125 y 126.

¹⁴ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, “La objeción de conciencia...”, cit. en nota 12.

escolarización adquiriría una nueva dimensión, ya que hacía entrar en conflicto el deber legal de asistir al colegio impuesto por la legislación educativa de los distintos estados con la cláusula de *free-exercise* de la Primera Enmienda y el derecho preferente de los padres a dirigir la educación de sus hijos.

Fue una decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a favor de unos padres que reclamaban su derecho a incumplir la ley estatal que exigía la escolarización obligatoria de sus hijos hasta los 16 años, basándose en motivos religiosos, la que inició un reconocimiento institucional del *homeschooling* en este país, reconocimiento que ha tenido como resultado que en la actualidad esta práctica sea legal en sus 50 estados¹⁵. Como muchos de ustedes habrán adivinado, me estoy refiriendo a la famosa sentencia *Wisconsin v. Yoder*, de 1972¹⁶. Los padres de los alumnos desescolarizados, que pertenecían a la comunidad religiosa de la *Old Order Amish* de Wisconsin, habían decidido como consecuencia de su pertenencia a dicha comunidad que sus hijos no cumplieren con los dos últimos años de escolarización obligatoria. El Tribunal Supremo entendió que, si bien el Estado ostenta el poder para regular de manera razonable el control y la duración de la educación básica por la responsabilidad que tiene en la formación de sus ciudadanos, esta responsabilidad debe ceder ante el derecho de los padres de proveer una educación equivalente en un sistema operado de manera privada. El interés del Estado en la educación universal no está libre de un ejercicio de ponderación cuando incide en derechos fundamentales e intereses como los protegidos por la cláusula de libre ejercicio de la Primera Enmienda, de modo que sólo los más elevados intereses públicos pueden justificar la limitación de libertades fundamentales como la libertad religiosa y el derecho de los padres a decidir la orientación religiosa de la educación de sus hijos.

Con el paso del tiempo, esta inicial motivación de preservar la conciencia de los hijos frente a la carga ideológica de la escuela fue progresivamente “secularizándose” para abarcar, no ya sólo objeciones de conciencia, sino lo que algunos denominan *objeciones de ciencia*, o lo que es lo mismo, la oposición de ciertos padres al sistema educativo no por convicciones morales o religiosas, sino por cuestiones pedagógico-académicas¹⁷. Ha sido esta nueva

¹⁵ Para un análisis de la sentencia, *vid.* McMULLEN, Judith G., “Behind Closed Doors”, cit. en nota 7, pp. 94 y ss.; PALOMINO, Rafael, *Las objeciones de conciencia*, 1ª ed., Montecorvo, Madrid 1994, p. 237 nota al pie número 526; y NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre...*, cit. en nota 6, p. 261.

¹⁶ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Se puede consultar a texto completo en <<http://law.umkc.edu/faculty/projects/trials/conlaw/yoder.html>>. (Consultado el 9 de noviembre de 2012).

¹⁷ MARTÍ SÁNCHEZ, José M^o, “Objeciones de conciencia y escuela”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 15 (2007), p. 22.

consideración socio-pedagógica secular de que la escuela en las modernas sociedades occidentales no responde a las exigencias educativas de ciertas familias, lo que ha favorecido la propagación del *homeschooling* no sólo por los Estados Unidos, sino por todo el mundo¹⁸.

* * *

En Europa, la situación en la que se encuentra la educación en casa es muy diversa según el país de que se trate. Así, como ya he anticipado, mientras en algunos Estados como Irlanda, Finlandia y Dinamarca existe un derecho constitucionalmente reconocido a los padres de proporcionar a sus hijos sistemas de educación alternativos a los oficiales, en otros como Alemania esta posibilidad no sólo no es legal sino que es perseguida activamente¹⁹. Naturalmente, no es posible abordar en esta tarde de un modo mínimamente

¹⁸ Los testimonios de la creciente secularización y globalización del *homeschooling* se pueden encontrar fácilmente en los blogs y páginas de Internet que se ocupan de este fenómeno. Sirvan los siguientes ejemplos para ilustrar el fenómeno:

(i) Una familia italo-americana considera que los hijos deben estar con sus familias, y no alejados de ellas durante un gran número de horas al día: "My husband and I chose HS because we believe children belong with their families and don't have to spend eight hours a day, five days a week segregated in a building having to ask permission for talking, standing and going to the bathroom. We don't want to mould our children; we want them to have the freedom to learn for their own reasons, asking questions not answering them while taking part in life's immense diversity of situations". (<<http://www.controscuola.it/english/>>);

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

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

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

(v) Una madre americana comparte su experiencia de *homeschooling* en China <<http://jimmiess-collage.com/2009/12/homeschooling-in-china/>>.

Todas las páginas webs fueron consultadas por última vez el 5 de noviembre de 2012.

¹⁹ En perspectiva comparada con los Estados Unidos de América, estudia la situación en Alemania MARTIN, Aaron T., "Homeschooling in Germany and the United States", en *Arizona Journal of International and Comparative Law* 27 (2010), pp. 225-282.

pormenorizado la realidad del *homeschooling* en los distintos países de Europa²⁰. Por ello, prefiero dirigir mi atención exclusivamente a la postura adoptada sobre el tema por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Además, este interés preferente por el posicionamiento de la Corte Europea no está justificado sólo por cuestiones de tiempo o de claridad expositiva. Lo está también porque la doctrina que en materia de educación y *homeschooling* han ido acrisolando el TEDH y la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, ha tenido una importante –por no decir decisiva– influencia en el Tribunal Constitucional español y en la actual situación legal de la educación en casa en nuestro país. Y es que, no lo olvidemos, el artículo 10.2 de nuestro Texto Fundamental obliga a tomar en consideración a la hora de interpretar los derechos y libertades fundamentales que la Constitución reconoce, a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y a los demás tratados y acuerdos internacionales que hayan sido ratificados por España, entre los que se incluye el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) y sus Protocolos Adicionales²¹.

Lo primero que es necesario recordar es que, en el ámbito del Consejo de Europa, los derechos educativos no se encuentran regulados en el CEDH, sino en el artículo 2 de su primer Protocolo Adicional (PA), promulgado el 20 de marzo de 1952²². Sin embargo, y poniendo de manifiesto la inseparable relación que existe entre instrucción y derecho a la libertad de pensamiento,

²⁰ Se detiene en esta cuestión REDONDO, Ana M^a, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y "homeschooling"*, 1^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 138-140. También, KOONS, Colin, "Education on the Home Front: Home Education and the Need for Unified European Policy", en *Independent International & Comparative Law Review* 20 (2010), pp. 145-174. Para un estudio de la situación de la educación en casa en Francia y Reino Unido, BRIONES MARTÍNEZ, Irene M^a, "¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 3 (2003), pp. 1-32.

²¹ El artículo 10.2 de la Constitución establece que "[l]as 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." El artículo 96.1 de la Constitución indica además que "[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

²² Artículo 2 del Protocolo Adicional I al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 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 que la educación y la enseñanza de sus hijos se realicen conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

conciencia y religión, el artículo 9.1 del Convenio si incluyó una mención expresa a la enseñanza: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones en público o en privado, por medio del culto, *de la enseñanza*, las prácticas y la observancia de los ritos”²³.

En sus años de actividad, sólo en dos ocasiones se ha visto el TEDH enfrentado a casos de particulares que reclamaban frente al Estado del que eran nacionales –en ambos casos Alemania, un país, recordemos, en el que la educación fuera del sistema oficial no está sólo prohibida sino donde, además, es activamente perseguida– la vulneración de sus derechos fundamentales al haberles sido negada la posibilidad de educar a sus hijos en casa: el caso *Leuffen*, de 1992²⁴; y el caso *Konrad*, de 2006²⁵. Desafortunadamente, ambos casos se resolvieron con sendas decisiones de inadmisibilidad, por lo que el TEDH no ha llegado nunca a entrar en el fondo de la imbricación del *homeschooling* con los derechos educativos, ni ha resuelto la cuestión de si el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que han de recibir sus hijos ha de ser considerado o no como un derecho fundamental. Aún así, sí es posible, analizando estas decisiones a la luz de la doctrina general del Tribunal en relación con los derechos recogidos en el artículo 2 PA²⁶, deducir un cierto posicionamiento del TEDH favorable a considerar la opción de educar a los hijos 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 que exige a cada Estado miembro respetar, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, “el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. El límite a tal discrecionalidad parecería quedar reducido a un intento de adoctrinamiento por parte del Estado a través del sistema educativo, que quebrantaría el principio de neutralidad.

En *Leuffen c. Alemania*, la Comisión Europea de Derechos Humanos hubo de resolver acerca de la pretensión de la demandante, una madre católica alemana, de no escolarizar a su hijo y de asumir ella directamente la educación del niño en casa, al tener la firme convicción de que Dios le había conferido la exclusiva responsabilidad y autoridad para formarlo. En primer lugar,

²³ El énfasis es mío.

²⁴ Dec. Adm. n. 19844/92, de 9 de junio de 1992.

²⁵ Dec. Adm. n. 35504/03, de 11 de septiembre de 2006.

²⁶ Cfr. EVANS, Malcom D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, 1^a ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 342-362; y EVANS, Carolyn, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, 1^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 88 y ss.

la Comisión interpretó el artículo 2 PA en el sentido de que el derecho de los niños a la educación prevalece sobre el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación que sea conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas²⁷, de modo que éste queda siempre subordinado al interés del menor y a su derecho prioritario a ser educado. Entiende la Comisión que la efectiva realización del derecho de los menores a la educación lleva aparejada necesariamente una cierta regulación que depende del Estado y de su discrecionalidad, de modo que éste puede, sin que se aprecie vulneración de derecho alguno, optar por un sistema educativo que imponga la escolarización obligatoria y prohíba fórmulas alternativas como la que pretendía la demandante, siempre y cuando no se lesione la esencia del derecho a la educación o se entre en conflictos con otros derechos reconocidos en el CEDH. Continúa argumentando la Comisión que el derecho reconocido a los padres de educar a sus hijos según sus creencias tiene por objeto evitar que el Estado se extralimite en sus funciones incurriendo en algún tipo de adoctrinamiento religioso o moral de los menores contra los deseos de sus familias. En definitiva, el derecho de los padres a que sus convicciones y creencias sean respetadas en la educación de sus hijos, tal y como exige el artículo 2PA, no es sino un límite para la actuación del Estado en materia de educación, que en ningún caso puede utilizar las instituciones docentes como mecanismo de adoctrinamiento ideológico de los menores²⁸. Pero, a juicio de la Comisión, una madre no puede privar a un hijo de su derecho a la educación basándose en su correlativo derecho a que sus convicciones sean observadas.

El caso *Konrad y otros c. Alemania* enfrentó por segunda vez a la jurisdicción de Estrasburgo a la cuestión del *homeschooling* basado en convicciones o creencias religiosas. En esta ocasión, los demandantes eran un grupo de

²⁷ Así lo había hecho ya el TEDH en la célebre sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976. Para un análisis crítico de esta sentencia, vid. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo", en *Educación y Religión. Una perspectiva de derecho comparado* (ed. DOMINGO, María), 1ª ed., Comares, Granada, 2008, pp. 180-182. También, RUANO ESPINA, Lourdes, "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 *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 19 (2009), p. 21; y MARTÍN-RETORTILLO BARQUER, Lorenzo, "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), pp. 235 y 255.

²⁸ Esta fue una preocupación constante durante el proceso de redacción del Protocolo Vid. OTADUY, Jorge, "Neutralidad ideológica del Estado y del sistema educativo público", p. 2. Esta ponencia, elaborada en el marco de la Jornada de Estudio sobre *Educación para la ciudadanía*, organizada por la Conferencia Episcopal Española el 17 de noviembre de 2005, está disponible en la página web de la propia Conferencia Episcopal: <www.conferenciaepiscopal.es/Dossier/ciudadania/JorgeOtaduy.pdf> (Consultado el 7 de noviembre de 2012).

padres vinculados a una congregación cristiana fuertemente apegada a la Biblia que se negaban a escolarizar a sus hijos menores de edad por razones de índole religiosa. El Tribunal, retoma los argumentos esgrimidos en *Leuffen* y añade dos argumentos adicionales, en mi modesta opinión merecedor de cierta consideración el primero, y sorprendentemente absurdo el segundo: que la asistencia a la escuela también incorpora un elemento de integración social que se pierde en la educación en casa; y que nada impide a los padres educar a sus hijos fuera del horario escolar del modo que entiendan más acorde con sus convicciones.

Tal vez hayan apreciado ustedes que primero la Comisión, y más tarde el TEDH, parecen confundir en las decisiones de inadmisibilidad de los casos *Leuffen* y *Konrad* los conceptos de *educación* y *escolarización*, 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 instrucción²⁹.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la Corte de Estrasburgo, en una interpretación muy restrictiva de los derechos paternos en materia de educación, no parece considerar el *homeschooling* como una opción educativa por la que podrían optar los progenitores como consecuencia inmediata de su derecho a elegir una formación para sus hijos que esté acorde con sus convicciones religiosas y filosóficas, sino que simplemente se trataría de una alternativa educacional más cuya admisibilidad dependería exclusivamente de la voluntad del Estado.

* * *

Llegados a este punto, es probable que ustedes se estén planteando la pregunta de si en España está presente el fenómeno de la educación en casa o *homeschooling*. Pues bien, la respuesta a esta pregunta es fácil: claramente sí. Aunque se trata todavía de una realidad incipiente y minoritaria, las informaciones facilitadas por las asociaciones de padres que educan en casa hablan ya de un fenómeno organizado del que formarían parte más de dos mil familias que, a día de hoy, estarían educando a sus hijos al margen del sistema escolar oficial³⁰.

²⁹ Lamentablemente, en este no infrecuente error, también parece caer nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia sobre *homeschooling* de 2 de diciembre de 2010, al asimilar “instrucción elemental” con “escolarización obligatoria” (STC 133/2010, de 2 de diciembre [RTC 2010/133], F.J. 6°).

³⁰ Datos proporcionados por <<http://www.hslda.org/hs/international/default.asp>; y <http://educacionlibre.org/inicimarc.htm>>. (Consultadas el 5 de noviembre de 2012).

¿Y es legal?, se preguntarán ustedes a renglón seguido. ¿Pueden en España unos padres educar a sus hijos fuera de un colegio público o privado? La respuesta a estas preguntas ya no es tan evidente. De hecho, la respuesta a las mismas ha cambiado sustancialmente como consecuencia de la ya famosa sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional español el 2 de diciembre de 2010, en la que me detendré más adelante.

Digamos a modo de aproximación que en España el *homeschooling* es una alternativa educacional prácticamente desconocida por la legislación, y que, excepción hecha del artículo 55 de la Ley de Educación de Cataluña, que podría interpretarse en un sentido favorable a la posibilidad de una formación escolar no presencial, la educación en casa como alternativa a la escolarización en la red escolar institucional no está legalmente prevista.

En primer lugar, nuestra Carta Magna, en el artículo 27 dedicado a los derechos educativos, y al contrario de lo que, como hemos visto, ocurre en otros países europeos, no hace referencia alguna a la posibilidad de los padres de poder optar por un modelo educativo alternativo al oficial. Sin embargo, sí reconoce, en su apartado 1º, el derecho universal a la educación y la libertad de enseñanza; en su apartado 3º, que los poderes públicos han 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”; y en su apartado 6º, la libertad de creación de centros docentes. De hecho, y pese a ser el artículo más largo de nuestra Norma Fundamental, el artículo 27 de la Constitución de 1978, celebrado por la doctrina por ser uno de los más claros ejemplos del espíritu de consenso que presidió su elaboración y promulgación³¹, lejos de diseñar un sistema educativo cerrado, se contenta con enunciar los grandes derechos/obligaciones que confluyen en el campo de la educación, y a establecer las principales líneas directrices que permitan al legislador diseñar en todo momento la estructura educativa que por razones de oportunidad entienda más conveniente.

En cumplimiento de la obligación que le impone la Constitución de organizar y programar un sistema educativo (artículo 27.5) que proporcione una enseñanza básica obligatoria y gratuita (artículo 27.4) orientada al pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2), el legisla-

³¹ FERNÁNDEZ MIRANDA Y CAMPOAMOR, Francisco, *De la libertad de enseñanza al derecho de educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, 1ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 18; MARTÍNEZ DE PISÓN, José, *El derecho a la educación y la enseñanza*, 1ª ed., Dykinson, 2003, pp. 75 y ss.; y MARTÍNEZ RUANO, Pedro, “La configuración constitucional del derecho a la educación”, en *Derecho y Educación*, (MENA ENCISO, Pedro, PÉREZ FERRER, Fátima, HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y MARTÍNEZ RUANO, Pedro, eds.) 1ª ed., Universidad de Almería, Almería, 2010, pp. 59 y 60.

dor español –estatal y autonómico– ha optado por establecer un deber jurídico de escolarización entre los seis y los 16 años. En efecto, y permítanme que insista, aunque la Constitución guarda silencio en cuanto al modo en que la educación básica debe verificarse, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación establece en los apartados 1 y 2 relativos a ésta que: “(1) la enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas. (2) La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso, en las condiciones establecidas en la presente Ley”.

La importancia que el ordenamiento español da al derecho a la educación de los niños y a la correlativa obligación que pesa sobre sus progenitores de proporcionársela, ha llevado al legislador a reforzar este deber jurídico de escolarización en las normas que abordan cuestiones relacionadas con la protección al menor y a la infancia. Recordemos como punto de partida que el artículo 154 de nuestro Código civil establece como uno de los deberes inherentes a la patria potestad, –que siempre debe ejercerse “en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”–, la obligación de los progenitores de educarlos y proporcionarles una formación integral. Por su parte, el Código penal, en su artículo 226.1, establece que “[e]l 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”. Dado que proporcionar a los hijos una educación adecuada es considerado como uno de los deberes inherentes a la patria potestad, y que el incumplimiento de obligaciones familiares puede incluso ser constitutivo de delito, la escolarización se revela como un elemento indiciario especialmente cualificado de situaciones de riesgo del menor. Así, el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, establece que “[c]ualquier 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”. En definitiva, en España el incumplimiento del deber de escolarización es considerado como un potencial indicador de situaciones de abuso o abandono de los menores, y puede motivar la intervención de las autoridades sociales o educativas y, en última instancia, de los tribunales de justicia.

Sin embargo, la incipiente presencia en España de padres que optan por educar a sus hijos en el hogar o fuera del sistema oficial, en especial en ciertas regiones del territorio nacional, puede percibirse ya en cierta normativa autonómica reciente que se ocupa tanto de cuestiones educativas como de bienestar social. Hasta la fecha, la única ley de educación autonómica que parece haber tenido en cuenta la posibilidad de una educación alternativa a la institucional oficial ha sido la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña, que en el último inciso del apartado 2º de su artículo 55 parece abrir la puerta a la educación no presencial de enseñanzas obligatorias con carácter excepcional y bajo determinadas circunstancias. Sin embargo, es de justicia reconocer que el alcance de este texto no está claro. Si bien en su Preámbulo la Ley parece indicar que las enseñanzas en régimen no presencial están dirigidas a los “alumnos de edad superior a la de escolarización obligatoria”, el último inciso del artículo 55.2 indica por el contrario que “[t]ambién pueden impartirse en dicha modalidad [de educación no presencial], excepcionalmente, enseñanzas obligatorias y las demás enseñanzas que, en determinadas circunstancias, establezca el Departamento”³², mientras que el apartado 7 del mismo precepto parece anticipar los mecanismos de control de esta modalidad de educación no presencial al establecer que “[e]l Departamento debe crear y regular un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de educación no presencial en enseñanzas de educación básica”. Así pues, habrá que esperar a la normativa de desarrollo de este precepto para conocer su verdadera operatividad.

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 sociales³³.

³² La cursiva es mía.

³³ 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). El apartado C-NEGLIGENCIA ANTE NECESIDADES FORMATIVAS considera en riesgo I Gravedad Elevada “al niño, niña o adolescente [que] está en edad de escolarización obligatoria (6-16 años) y no está inscrito ni se prevé inscribirle en ningún centro educativo, ni se le proporciona un programa educativo alternativo homologado”. Esta afirmación viene matizada por la nota al pie número 22, que indica que “[s]i (1) el padre y la madre o las personas que ejercen la tutela o guarda desean proporcionar un programa educativo adecuado e individualizado al niño, niña o adolescente, (2) solicitan la homologación a la entidad correspondiente recibiendo respues-

* * *

Que no exista cobertura legal expresa para la práctica del *homeschooling* en España no ha impedido que esta alternativa educativa haya comenzado a estar presente en nuestro país, ni que nuestros tribunales de justicia hayan tenido que entrar a resolver cuestiones directamente relacionadas con la negativa de ciertos padres a escolarizar a sus hijos dentro del sistema educativo oficial.

Hasta la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, que ha dado un giro de 180° al modo en que los tribunales habían venido mayoritariamente tratando³⁴ el fenómeno del *homeschooling*, la escasa jurisprudencia patria sobre la materia no había entrado a valorar a fondo la cuestión de la educación en casa. La falta en el ordenamiento jurídico de una norma específica reguladora de modalidades no presenciales o no institucionales de educación³⁵, había propiciado un sistema casuístico de ponderación en el que los órganos jurisdiccionales prestaban especial atención al interés del menor y a las consecuencias reales de la no escolarización en su asistencia ta negativa por no contemplarse tal posibilidad en ningún caso, y (3) no hay otros indicadores de desprotección, se procederá al cierre de expediente. En estas circunstancias, este tipo de situaciones no serán consideradas desprotección". Texto disponible en <http://www.euskadi.net/cgi-bin_k54/bopv_42?c&f=20111212&a=201105937> (Consultado el 9 de noviembre de 2012). Los párrafos y nota citados están en la página 39.

³⁴ Cabe destacar en contrario el voto particular formulado por el magistrado Vicente Gimeno Sendra en la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de 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 sendas sentencias del Tribunal Supremo (STS 1669/1994, de 30 de octubre), y del Tribunal Constitucional (STC 260/1994, de 3 de octubre). Gimeno Sendra, discrepando del fallo, entendió vulnerados tanto el derecho a la tutela como el derecho a la educación de los menores involucrados, lamentando que la sentencia no hubiese entrado a valorar el fondo del recurso de amparo en el sentido de declarar infringido el "derecho a la educación del artículo 27.1". En opinión de este Magistrado, el derecho a la educación no puede ser interpretado como la total libertad de los padres para orientar a sus hijos hacia las convicciones morales, religiosas y filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual, sino que consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado obligatoriamente. Por ello, ante el conflicto de intereses entre la voluntad de los padres y el interés de los hijos, no se puede admitir que la libertad religiosa ampare "un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente". Comenta esta sentencia DE TORRES PEREA, José M., *Interés del menor y derecho de familia*, 1ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 129 y ss.

³⁵ Sí se permiten sin embargo ciertas modalidad de estudio no presencial o a distancia a través del CIDEAD (Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia) para alumnos españoles residentes en el extranjero o para aquellos que aún residiendo en España, por causas excepcionales como pertenecer a familias de vida itinerante o dedicarse a actividades especiales, y previa autorización de la Administración Educativa, no puedan asistir a un centro ordinario. *Vid.* <<http://cidead.cnice.mec.es/present.htm>> (Consultado el 1 de noviembre de 2012).

moral o material. Es paradigmática la reflexión que el Tribunal Supremo hacía en su sentencia de 30 de octubre de 1994 acerca de que³⁶:

“[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 añadía 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”.

El iter judicial que culminó con la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, y que parece haber roto por el momento³⁷ con esta

³⁶ STS 1669/1994, de 30 de octubre, F.J. 4º. Esta sentencia resolvía en jurisdicción ordinaria el famoso caso conocido como los *Niños de Dios*. Vid. *supra* nota 34.

³⁷ Con posterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre *homeschooling*, y hasta donde he podido averiguar, ya son tres las Audiencias Provinciales que han tenido que entrar a conocer de casos relacionados con situaciones de educación no estatal, mientras que un cuarto asunto está pendiente de resolución ante la Audiencia Provincial de Pontevedra (<<http://www.farodevigo.es/sucesos/2012/06/21/fiscalia-recurre-sentencia-madre-educa-hijo-casa/658969.html>>. Consultado el 9 de noviembre de 2012).

En todas ellas puede advertirse la influencia del camino marcado por la sentencia de 2 de diciembre de 2010. En aquellas resoluciones que se han producido en la vía civil, los tribunales han ordenado la escolarización forzosa de los menores rechazando entrar en ninguna valoración de la situación educativa o social de los niños y resolviendo desde la estricta consideración jurídica de que tanto el legislador estatal como autonómico han optado “claramente por una enseñanza básica obligatoria en centros educativos presenciales, no autorizando en absoluto la enseñanza en el domicilio de los padres y ello porque el legislador debe cumplir la Constitución que obliga a que la educación tenga por objeto el respeto a los principios democráticos de convivencia” (Auto de la AP de Girona 88/2011, de 3 de junio, F.J. 2º y Auto de la AP de Alicante 80/2012, de 17 de abril, F.J. 1º) Aquellas que por el contrario se han sustanciado o se están sustanciando por la vía penal, pese a no haber asimilado el *homeschooling* con delitos derivados del artículo 226.1 del código penal, sí han advertido de que es la vía civil, y no la penal, el foro adecuado para dilucidar estas cuestiones (Auto de la AP de A Coruña 696/2011, de 27 de diciembre, FJ 1º y Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Vigo, de 11 de junio de 2012. Aunque el texto de esta

línea jurisprudencial, se inició en 2003 con una sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coín que ordenaba la escolarización forzosa de cinco menores de edad que, por decisión de sus padres, estaban siendo educados fuera del sistema estatal por razones de índole estrictamente pedagógica. El juez apreció que el legislador ha impuesto un “indiscutible e incuestionable” deber de escolarización obligatoria que requería que los niños fuesen integrados en el sistema educativo institucional³⁸, añadiendo que no cabía 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 que los padres se preocupaban por la educación y formación de sus hijos”³⁹. La resolución fue recurrida en primer lugar ante la Audiencia Provincial de Málaga, quien denegó el recurso argumentando que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho a participar en el sistema educativo y que la escolarización obligatoria forma parte del contenido mismo del derecho a la educación⁴⁰.

Recurridas ambas resoluciones ante el Tribunal Constitucional, éste resolvió de forma definitiva la cuestión en su sentencia de 2 de diciembre de 2010 (Sentencia), por la cual denegó el recurso amparo interpuesto por los padres de los menores por una presunta vulneración del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución. Fundamenta el Tribunal la denegación del amparo solicitado sobre la base de dos argumentos: El primero, que la imposición del deber de escolarización no llega a tener relevancia constitucional en el caso concreto que motivaba su intervención, ya que los recurrentes alegaban como fundamento de su decisión de educar a sus hijos fuera del siste-

sentencia todavía no ha sido publicado, ha sido ampliamente citado en los medios de comunicación. *Vid. supra* en esta misma nota).

³⁸ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Coín, de 5 de mayo de 2003, F.J. 1.º.

³⁹ *Ibid.*, F.J. 2.º.

⁴⁰ Sentencia de la AP de Málaga 548/2005, de 6 de junio. Haciendo suya textualmente la opinión expresada por el Magistrado Gimeno Sendra en su voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994 (*vid. supra* nota 34), la Audiencia entendió hallarse ante “un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres (que subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de la enseñanza en el seno de una o varias familias) y los intereses de los hijos”, afirmando que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos “no ampara otro supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente”. Es más, entiende la Audiencia que la escolarización está integrada en el concepto básico de educación “no sólo por los beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones”, afirmando a continuación cómo la formación dentro de la propia casa o comuna ni puede ser considerada como escolarización, ni es “eso lo mínimo que la Sociedad actual permite dentro del progreso alcanzado en materia social”. (SAP Málaga 548/2005, F.J. 3.º).

ma estatal motivos que no eran ni religiosos ni morales, sino meramente pedagógicos, y que por lo tanto se hallaban fuera de la protección del artículo 27.3 de la Constitución⁴¹; el segundo que, aún cuando se hubiesen alegado motivaciones que hubiesen encontrado acomodo en el artículo 27.3 del nuestra Norma Fundamental, la imposición del deber jurídico de escolarización constituye un límite incorporado por el legislador constitucionalmente viable que no restringe de manera desproporcionada el derecho de los padres en materia educativa⁴².

Sostiene el Tribunal Constitucional, inspirándose en la opinión sentada por el TEDH en el caso *Konrad*, que la escolarización obligatoria satisface “más eficazmente” un modelo de educación 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 [...]”⁴³. A este argumento se añade la opinión del Tribunal, nuevamente tributaria de la doctrina *Konrad*, que del deber jurídico de escolarización obligatoria no resulta que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas resulte “completamente desconocido”, ya que nada “impide a éstos influir en la educación de sus hijos”, dentro de la escuela y “fuera del horario escolar y durante los fines de semana”⁴⁴.

Y es aquí donde encuentro especialmente criticable una Sentencia que, en mi opinión, adolece en general de una débil base argumentativa⁴⁵. Entre el reconocimiento más amplio posible de un derecho fundamental como el derecho de los padres a decidir la educación moral y religiosa de sus hijos, y que éste no resulte completamente desconocido, como lacónicamente afirma el Tribunal Constitucional, media un abismo que resulta deliberadamente ignorado en la Sentencia, y que no parece superar adecuadamente el preceptivo test de proporcionalidad necesario para justificar la limitación legal del contenido de un derecho fundamental⁴⁶.

En cualquier caso, y contestando la pregunta que formulábamos antes, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, es posible afirmar que a día de

⁴¹ STC 133/2010, de 2 de diciembre, F.J. 5º.

⁴² *Ibid.*, FFJJ. 7º y 8º.

⁴³ *Ibid.*, F.J. 8 b.

⁴⁴ *Ibid.*, F.J. 8 c.

⁴⁵ Un análisis crítico de la Sentencia excedería el ámbito y propósito de esta ponencia. Me remito para ello a lo expuesto en un trabajo anterior, VALERO ESTARELLAS, M^a José, “Homeschooling en España...”, cit. en nota 2, pp. 24-30.

⁴⁶ Cfr. VIDAL FUEYO, M^a del Carmen, “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.

hoy en España la educación en casa o *homeschooling*, pese a tener cabida constitucional, es ilegal en tanto no esté expresamente previsto y regulado por una norma jurídica.

* * *

A modo de conclusión, sólo quisiera añadir que por muy desfavorable que la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010 haya sido para las familias que practican el *homeschooling* en España, me cuesta creer que todas ellas, como consecuencia de la misma, renuncien a educar a sus hijos en casa⁴⁷. Dudo incluso que sea suficiente desincentivo para evitar que en el futuro se sumen a ellas más padres que por distintas razones no encuentren acomodo en el modelo de escolarización forzosa. Por ello surge la duda, como de hecho ha apuntado el Tribunal Constitucional⁴⁸, de si sería conveniente reformar el sistema educativo español para acoger legalmente la modalidad de educación en casa como tercera vía alternativa al tradicional binomio escuela pública-escuela privada. Mi respuesta a esta pregunta sería sí, pero bajo ciertas condiciones y siempre sometida a determinados controles pedagógicos y sociales.

No es mi intención esta tarde ofrecerles una visión edulcorada o idealizada del *homeschooling*, ni presentárselo como la panacea que terminaría con los grandes problemas que padece hoy en día nuestro sistema educativo. Coincido con muchos profesionales críticos con esta modalidad educacional en que son muchas las incertidumbres que plantea y muchos los retos que pone sobre la mesa: problemas de socialización y de educación en valores constitucionales como apunta el Tribunal Constitucional, pero también el temor de que pretendidas educaciones en casa no sean sino pantallas que oculten situaciones de desamparo de los menores o que sean sistemas deficitarios en cuanto a determinados contenidos pedagógicos.

En todo caso, creo que, frente al Estado contemporáneo que insiste en acaparar el protagonismo en el ámbito educativo, surge la conveniencia de que la norma jurídica, fundada en la libertad de conciencia proyectada en la libertad de enseñanza, permita acceder a los distintos tipos de educación que solicitan o puedan solicitar los padres desde sus convicciones religiosas o de otra

⁴⁷ Prueba de que el movimiento sigue vivo y activo es la próxima celebración en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid del Tercer Congreso Nacional sobre *homeschooling*, que bajo el título "Ampliando los Derechos", está previsto para los días 29 y 30 de noviembre de este año 2012.

⁴⁸ STC 133/2010, de 2 de diciembre, F.J. 9º: "Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE), así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución".

índole. La elección de los padres puede referirse a una educación en un cierto entorno confesional, o en un centro público, o a una educación diferenciada, o incluso a la educación en casa. El *homeschooling* debería ser, por tanto, una alternativa más del sistema educativo respetuosa con el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, y siempre encuadrada en los parámetros del derecho a la educación del menor.

Pienso que cualquier intento por el legislador de regular el *homeschooling* habría de equilibrar los derechos y deberes de todas las partes implicadas en el proceso educativo: menores, padres y Estado. Así, la educación en casa habría de garantizar, de forma prioritaria, el derecho universal del menor a la educación, atendiendo siempre a su interés prevalente (lo cual, desde luego, plantea la nada fácil cuestión de quién o quiénes tienen legitimación para decidir *ad casum* cuál es el interés prevalente del menor: ¿los padres?, ¿el Estado?, ¿ambos?, y en ese último caso, ¿cómo conciliar las respectivas competencias en la materia?). De igual modo, habría de ser lo menos restrictiva posible en lo que a la libertad de conciencia de los padres se refiere. Por último, y no por ello menos importante, habría de articular los mecanismos necesarios que garantizaran al Estado la posibilidad de cumplir con las funciones de organización y supervisión que le encomienda la Constitución, no sólo para garantizar el mejor interés individual del menor, sino también para velar por la realización de los fines sociales que la educación lleva incuestionablemente aparejada.

Señala Palomino que, en el diseño de la arquitectura legal de la enseñanza, coexisten dos tendencias antagónicas, de marcado carácter político. Una de ellas entiende que la Constitución ofrece un marco de libertad en el que “es el Estado quien debe canalizar la igualdad para que el pluralismo pueda ser alcanzado por todos los ciudadanos. El pluralismo, en esta tendencia, sería objetivo y modo de realización del objetivo último”, de modo que el protagonismo correspondería a la libre iniciativa ciudadana. Por el contrario, también puede verse la Constitución como “un modelo cerrado que consigue, precisamente a través de los valores internos del propio texto constitucional, lograr un pluralismo mediante un cauce de igualdad”. El protagonismo, por lo tanto, sería en este caso de la escuela de titularidad pública, como motor y garante de la igualdad a través de la cual se espera alcanzar “el respeto al pluralismo”⁴⁹.

Como he hecho notar a lo largo de mi intervención, precisamente desde mi adscripción a la primera de esas tendencias, sostengo la conveniencia de que, en

⁴⁹ PALOMINO, Rafael, “El área de conocimiento “Sociedad, Cultura y Religión”: algunos aspectos relacionados con la libertad religiosa y de creencias. Comentario al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005”, en *Educación y religión...*, cit. en nota 27, pp. 72 y 73.

un futuro próximo, el ordenamiento jurídico español acoja, dentro de los parámetros apuntados, la modalidad de la educación en casa como expresión del pluralismo educativo, de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación que sea acorde con sus convicciones⁵⁰.

⁵⁰ Se trataría de un paso más en ese “pluralismo de escuelas” del que habla Ferrer. *Vid.* FERRER ORTIZ, Javier, “Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 10 (2006), pp. 20-22. Igualmente Eugenio Gil Villén, en su intervención como entonces presidente de OIDEL en la Conferencia Internacional Consultiva de Naciones Unidas celebrada en Madrid los días 23 a 25 de noviembre de 2001 señaló que “para lograr una educación de calidad es necesario destruir el mito de la escuela única e ir hacia una educación diferenciada e individualizada creada por la sociedad civil”. Texto recogido en *La libertad religiosa en la educación escolar. Conferencia Internacional Consultiva de Naciones Unidas (Madrid, 23- 25 noviembre de 2001)*, DE LA HERA, Alberto y MARTÍNEZ DE CODES, Rosa M^a (coords.), 1^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, p. 363.