

UNIVERSIDAD DE NAVARRA
FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN DERECHOS HUMANOS

HOMESCHOOLING E INTERÉS SUPERIOR
DEL NIÑO

Alumno: Rafael Meira Luz

Directora: Prof.^a Dr.^a Asunción de la Iglesia Chamarro

ÍNDICE

Consideraciones preliminares	6
I. Aproximación al <i>homeschooling</i> como opción educativa: delimitación conceptual, origen, causas y justificación.....	7
1. Delimitación terminológica.....	8
2. Razones para el <i>homeschooling</i>	10
3. Dificultades en su ejercicio.....	14
4. Selección de experiencias de <i>homeschooling</i>	17
5. En particular, la realidad del <i>homeschooling</i> en España	23
II. <i>Homeschooling</i> en España: ausencia de régimen jurídico específico y marco normativo general del derecho a la educación.....	25
1. Dimensión constitucional del <i>homeschooling</i>	26
2. <i>Homeschooling</i> y legislación educativa.....	28
3. Un dispar tratamiento jurisprudencial del <i>homeschooling</i>	33
4. Influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	40
III. Posibles anclajes jurídicos del <i>homeschooling</i> en ausencia de previsión legal.....	42
1. Intento de construcción de un derecho fundamental.....	43
2. Articulación a través del instituto de la objeción de conciencia	46
3. Manifestación de la patria potestad.....	52
4. <i>Homeschooling</i> y regla de proporcionalidad: una vía abierta.....	55
IV. Homeschooling e interés superior del niño: una mirada hacia el futuro	60
1. El interés superior del niño.....	60
2. En concreto, la aplicación del interés superior en el test de proporcionalidad..	63
3. Una propuesta de regulación	72
Conclusiones.....	76
Bibliografía	78
Sentencias y resoluciones citadas	82

RESUMEN

El *homeschooling*, o enseñanza en casa, se caracteriza por la transmisión de los contenidos educativos y de los valores sociales, morales, ideológicos y religiosos por los padres. Su práctica está aceptada en distintos países aunque encuentre en España resistencias ideológicas. A la ausencia voluntaria de desarrollo legislativo se suma una interpretación jurisprudencial que identifica el cumplimiento del derecho a la educación con la escolarización obligatoria, posicionando a las familias interesadas en su práctica en una situación de ilegalidad.

Ante la ausencia de regulación del *homeschooling* y el crecimiento de su práctica, sus defensores buscan alternativas para su anclaje en el sistema educativo. La aplicación del interés superior del niño al test de proporcionalidad en casos concretos, comparado con los demás argumentos que se suelen presentar, es una vía adecuada para su acogida pues busca armonizar este interés con los fines constitucionales de la educación.

Palabras Clave: derecho a la educación; *homeschooling*; enseñanza en casa; educación obligatoria; interés superior del niño; test de proporcionalidad

ABSTRACT

Homeschooling is characterized by the transmission of educational content and social, moral, ideological and religious values by parents. Its practice is accepted in different countries although in Spain this practice finds an ideological resistance. A voluntary absence of legislative adds a development jurisprudential interpretation that identifies the fulfillment of the right to education with compulsory schooling, positioning families interested in their practice in an illegal situation.

In the absence of homeschooling regulation and the growth of its practice, its proponents seek alternatives for it anchoring in the education system. The application of the best interests of the child to the proportionality test, compared with the other arguments that are usually present, it is an alternative for harmonizing this interests with the e constitutional purposes of education.

Keywords: educational rights; homeschooling; home education; obligatory education; best interests of the child

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La construcción del derecho a la educación en España está históricamente marcada por la tensión existente entre diferentes concepciones ideológicas¹ que conciben de forma antagónica las relaciones entre el papel del Estado y el ejercicio de las libertades educativas.

Esta característica controvertida de la educación hace que sea un campo naturalmente refractario a la introducción de cualesquiera cambios. Esta es justamente la situación por la que pasa el *homeschooling* en España. A pesar de ser una realidad presente y cada vez más extendida, en un número considerable de países, también europeos.

Es indudable el esfuerzo histórico de los actores implicados en España para el fortalecimiento de la educación, la extensión de este derecho prestacional a todos, la disminución de las tasas de analfabetismo, la elevación de los estándares educativos y el combate al absentismo escolar². Sin embargo, hoy por hoy son notorias las dificultades para acoger al *homeschooling* como otra opción educativa³.

En estas páginas se reflexionará acerca de cómo la existencia de un escenario legal y jurisprudencial adverso no es definitiva, a nuestro juicio, para impedir su práctica en España⁴. El objetivo del presente trabajo es dar cuenta de este contexto conflictivo y analizar los diferentes encajes jurídicos que se barajan como vías a favor del ejercicio del

¹ El Tribunal Constitucional ha reconocido en la STC 194/1989, de 16 de noviembre, que la labor legislativa está naturalmente impregnada por preferencias políticas e ideológicas, circunstancia absolutamente legítima en el debate democrático.

² España registra el segundo peor índice de absentismo escolar entre todos los países europeos, con un 23,6% contra la media europea de 12%. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Plan para la reducción del abandono educativo temprano 2014-2020*, 2013, pg. 19.

³ Por cuestiones metodológicas se utilizará el término "padres" como concepto equivalente al de familia, tutor(es), padre, madre, es decir, como la persona que figura como responsable legal por el menor.

⁴ En este sentido afirma VALERO ESTARELLAS, al comentar el panorama normativo y jurisprudencial para los *homeschoolers* tras la decisión del Tribunal Constitucional de 2010: «Pretender que una sentencia poco favorable a los intereses de los homeschoolers españoles vaya a resultar en que las más de dos mil familias que practican este método de enseñanza dejen de hacerlo, o en que sirva de elemento de disuasión a más padres que no encuentren en el futuro respuesta a sus inquietudes en el sistema educativo oficial, sería pecar de ingenuidad». VALERO ESTARELLAS, M. J., "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", In: MARTÍNEZ-TORRÓN, J./ MESEGUER VELASCO, S./ PALOMINO LOZANO, R. (coord.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Religión y Derecho, IUSTEL, Madrid, 2013, pg. 1507.

homeschooling en España⁵. Antes aproximamos sus rasgos esenciales y el tratamiento jurídico recibido en los países que lo admiten. Seguidamente se presentan los obstáculos existentes a su reconocimiento en España y las diferentes teorías que intentan insertarlo como posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico. Se analiza en términos de propuesta si la enseñanza en casa podría ser una alternativa al sistema educativo oficial y se presenta una propuesta de regulación como medida de armonización entre los intereses en juego en torno del interés superior del niño⁶.

I. APROXIMACIÓN AL *HOMESCHOOLING* COMO OPCIÓN EDUCATIVA: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, ORIGEN, CAUSAS Y JUSTIFICACIÓN

El *homeschooling* es una opción educativa desarrollada en los Estados Unidos entre los años 60 y 70 del siglo pasado⁷. Comparándolo con las instituciones educativas tradicionales, sobre todo aquellas de concepción moderna desarrolladas en los siglos XVIII y XIX⁸, se puede decir que su práctica es reciente en el contexto del derecho a la educación.

⁵ Según GOIRIA MONTOYA «la educación desescolarizada es aún un fenómeno minoritario en el Estado español, pero está viviendo un momento de expansión. Las familias que educan en casa (...) no reclaman del Estado ningún tipo de asistencia económica. Sólo piden que el ordenamiento jurídico recoja la opción como lícita y proceda a su reconocimiento legal, tal y como sucede en la mayoría de los estados de la Unión Europea». GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pg. 32.

⁶ En lo que se refiere al principio del interés superior, este trabajo utilizará la expresión «niño», presente en los documentos internacionales de derechos humanos, en lugar de «menor». Así se utilizará la expresión tal y como se encuentra en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁷ La doctrina mayoritaria estima que las formas actuales del *homeschooling* empezaron en los Estados Unidos a partir de la década de 60. En este sentido, CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad de Oviedo, 2012, pg. 27, <<http://www.tdx.cat/and/10803/94200>> (vista el 22/2/2016), y GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 42. Por otro lado, IGELMO ZALDÍVAR indica que el movimiento desescolarizador moderno surgió en la ciudad mexicana de Cuernavaca, en los años 60, primeramente como movimiento intelectual de objeción a la escolarización, mediante el trabajo realizado por Borremans y Illich. IGELMO ZALDÍVAR, J., "Las teorías de desescolarización; cuarenta años de perspectiva histórica", *Historia Social y de la Educación*, vol. 1, nº 1, 2012, pgs. 32-33.

⁸ Según GIMENO SACRISTÁN, «la extensión de este fenómeno y la coincidencia casi general, aunque matizada, en la fe puesta en los efectos de todo tipo que produce, forman uno de esos raros consensos transculturales, aparentemente afianzados, que caracterizan al siglo XX, que en Europa se fraguó en los siglos XVIII y XIX y que parece ser un éxito en la evolución de las sociedades». GIMENO SACRISTÁN, J., *La educación obligatoria: su sentido educativo y social*, Ediciones Morata S. L., Madrid, 2000. pg. 13.

A pesar de considerarse una herramienta educativa novedosa, el *homeschooling* se diseminó por todos los continentes, revelándose como una opción educativa heterogénea, practicada por diferentes colectivos, motivada por múltiples razones y articulada a través de técnicas instrumentales variadas.

Los diferentes matices del *homeschooling* se revelan en la preocupación doctrinal de identificar la terminología utilizada, sus características esenciales y las diferentes experiencias en el Derecho comparado.

1. DELIMITACIÓN TERMINOLÓGICA

El ser humano, al intentar comprender un objeto, formula imágenes, conceptos y clasificaciones cuya finalidad es «conocer la verdad»⁹. El *homeschooling* suele asociarse a la imagen de una familia anglosajona que se ocupa personalmente del proceso educativo en el ambiente doméstico suministrando todos los contenidos necesarios para el desarrollo académico y personal de sus hijos.

Esta imagen, estereotipada e insuficiente, es útil para empezar la tarea de encuadrar este instrumento educativo en el universo jurídico español. Sin embargo, bajo el término *homeschooling* se reúnen diferentes realidades educativas¹⁰ lo que dificulta referirlo a un modelo de caracteres cerrados¹¹.

En este contexto, la cuestión inicial es encontrar una denominación adecuada e identificar sus notas principales¹². La pluralidad de nomenclaturas incluye los conceptos

⁹ Cfr. GUARDINI, R., *Tres escritos sobre la universidad*, EUNSA, Pamplona, 2012, pg. 14.

¹⁰ Cfr. GOIRIA MONTOYA indica que «no existe unanimidad en los distintos países en cuanto a la denominación que corresponde a este tipo de educación». GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 37-38.

¹¹ Para CABO GONZÁLEZ «el homeschooling es uno de esos fenómenos complejos, difíciles de delimitar precisamente por el carácter poliédrico de su configuración interna y por lo diverso de sus manifestaciones externas. Las familias que lo practican esgrimen tantas y tan variadas razones, y lo llevan a cabo de maneras tan dispares, que resulta complicado referirse a él como un todo único y coherente»¹¹. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 23.

¹² Bajo el concepto de *homeschooling* coexisten diferentes matices que van más allá de la diversidad textual o de la traducción de nombres. Respecto a esta pluralidad de conceptos, véase FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, Fundación Aequitas, Madrid, 2011, pg. 114; COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pg. 126; y BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad

de *homeschooling* (o escuela en casa), *unschooling*, objeción a la escolarización, crecer sin escuela, movimiento desescolarizador, enseñanza en casa, entre otros¹³.

Por cuestiones metodológicas se entiende aquí por *homeschooling*, o «enseñanza en casa», la opción¹⁴ de los padres de educar a sus hijos menores de edad al margen del sistema educativo tradicional¹⁵. Esta opción además se caracteriza por el ejercicio personal de la labor educativa por los padres o bien por terceros.

de conciencia y la educación en familia", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 83.

¹³ Se podría reunir los distintos modelos de *homeschooling* según la siguiente tipología:

- a) *homeschooling*: opción llevada a cabo por las familias que repiten en el hogar las metodologías y los contenidos impartidos en los centros docentes, o de alguna forma trasladan la labor realizada en los centros docentes para el hogar. Cuidase, en esencia, de un simple cambio de ambiente.
- b) *unschooling*: práctica educativa que se opone directamente al sistema educativo tradicional y a sus métodos, objetivos y contenidos, o a cualquier especie de metodología educativa, preconizando una educación libre. Aquí se podría destacar la existencia de dos grupos, un que utiliza un sistema axiológico propio bajo el cual el niño formará su propio sistema de valores; y otro, más radical, que niega incluso la intervención de los padres en el proceso de aprendizaje, considerándolo como una educación natural en la que los niños desarrollan sus habilidades y competencias sin metas o evaluaciones;
- c) objeción a la escolarización: aquí se insertan las familias que niegan cualquier ingerencia del Estado en la educación de sus hijos, cuestión que reputan estar asociada al ejercicio de la patria potestad y de sus derechos fundamentales, luego indelegable al Estado;
- d) desescolarización: se utiliza este término para las familias cuyos niños empezaron su formación académica en el sistema educativo oficial, pero después de algunas circunstancias han decidido continuar el proceso educativo en el hogar;
- e) educar en familia, educación en casa, educación en el domicilio o enseñanza en casa: esta denominación acoge las situaciones donde el proceso de enseñanza se desarrolla fuera del ambiente escolar y bajo la supervisión directa de los padres. Bajo este concepto se inserta un número indeterminado de matices; se puede educar en el hogar o en locales elegidos para el desarrollo de las actividades pedagógicas, como suele ocurrir respecto a las asociaciones de *homeschooling*. La enseñanza se puede encargar directamente a los padres (en cuanto capaces) o a personas cualificadas. También se verifica en este colectivo una diversidad en cuanto a la utilización de metodologías educativas; unos utilizan los programas básicos del sistema tradicional, a los cuales añaden contenidos personalizados; otros aplican metodologías propias, creadas por especialistas. Sea cual sea el modelo pedagógico elegido, estas familias no se contentan con las competencias mínimas fijadas por el sistema tradicional.
- f) *flexi school*: aquí se describe el convenio firmado entre familias y centros docentes en los cuales los niños se quedan matriculados pero solo acuden a las escuelas en tiempo parcial, recibiendo la enseñanza en el hogar en el restante del tiempo.

Sobre las distintas denominaciones para el homeschooling, véase CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pgs. 23-26; y GOIRIA MONTTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 36-41 y 434.

¹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: ¿una hipótesis de responsabilidad paterna?", *Revista Boliviana de Derecho*, n° 19, enero 2015, pg. 120.

¹⁵ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres", *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, 2013, pg. 691.

Ciertamente, dentro de esta categoría cabría agrupar diferentes modelos¹⁶ atendiendo a quienes desarrollan el papel de educador, el lugar en que la enseñanza se imparte, los sistemas de evaluación o los sistemas pedagógicos aplicados¹⁷.

Por exclusión, no serán objeto de análisis las situaciones de simple absentismo escolar, es decir, de los casos en que los niños no estén escolarizados y tampoco sean educados por la familia; y los casos de *unschooling*, en cualquiera de sus modalidades.

2. RAZONES PARA EL HOMESCHOOLING

El inicio del movimiento desescolarizador suele estar asociado a la actuación de grupos de familias que reaccionaron frente a los contenidos ofrecidos por los centros docentes, atendiendo así a sus creencias religiosas¹⁸. A pesar de este origen ligado a la práctica de la religión¹⁹, su difusión y asimilación por diferentes grupos en la actualidad

¹⁶ GOIRIA MONTTOYA, al presentar las innumerables denominaciones para el *homeschooling*, afirma que «de esta variedad de denominaciones podemos inferir la rica diversidad de sensibilidades, métodos pedagógicos, prácticas educativas e incluso ideologías que convergen en esta opción de educar en familia». GOIRIA MONTTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 41.

¹⁷ La enseñanza en casa puede practicarse bajo la actuación directa y exclusiva de los padres o con la participación de terceros (educadores); en lo que se refiere al sistema pedagógico, con la utilización de los programas integrantes del sistema oficial de educación, de sistemas educativos desarrollados especialmente para familias de homeschoolers o métodos particulares de enseñanza; en lo que se refiere al local en que se imparte el contenido, puede darse en el hogar, en escuelas internacionales o en grupos de padres; y en lo que se refiere al sistema evaluativo, con evaluaciones periódicas o realizadas solo al fin del programa educativo.

¹⁸ La doctrina parece ponerse de acuerdo en que el movimiento *homeschooler* estadounidense fue el pionero en la defensa de las libertades de los padres en cuanto a la educación de sus hijos. Este movimiento fue impulsado por las conquistas judiciales obtenidas por los *Amish*, como se puede recordar en el caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), en lo cual la Suprema Corte estadounidense reconoció el derecho de los padres en educar a sus hijos como manifestación de la cláusula de libre ejercicio de la religión. (texto disponible en <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/406/205>> (vista el 5/5/2016)).

¹⁹ VALERO ESTARELLAS afirma, respecto a la diversidad de los motivos para la práctica del *homeschooling*, que en su seno «conviven padres *new-age* y *ecofriendly* con otros con 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 cliché». VALERO ESTARELLAS, M. J., "*Homeschooling* o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres", pg. 693.

se debe a múltiples razones²⁰. Así, las más utilizadas para justificar la práctica de la enseñanza en casa girarían entorno a los siguientes motivos²¹:

a) Pedagógicos: son los que más se esgrimen. Es el caso de las familias que desean alcanzar un grado de excelencia académica y de desarrollo de las aptitudes personales²² que reputan no alcanzables en el sistema educativo estandarizado²³. Estos resultados son buscados con la sustitución de los métodos educativos tradicionales y uniformadores por una enseñanza personalizada²⁴. Normalmente se trata de estimular el desarrollo de la capacidad crítica en lugar de las técnicas de memorización²⁵. Buscan estas familias amoldar los planes de estudios a sus condiciones peculiares de tiempo y a la capacidad intelectual de sus hijos²⁶. Es un recurso educativo al que se acogen singularmente familias con hijos superdotados o portadores de necesidades especiales.

b) Ideológicos o morales: estas familias parten del presupuesto de que la responsabilidad educativa es una responsabilidad familiar, derecho y deber, indelegable al Estado²⁷. Al abogar por el protagonismo de las familias en la educación, estos padres buscan un modelo educativo conforme a sus valores éticos. Así, se insertarían en este grupo aquellas familias que se oponen a que los centros docentes transmitan contenidos consumistas, erotizados o incluso exageradamente competitivos²⁸. Sería también el caso

²⁰ CABO GONZÁLEZ reúne en su tesis doctoral una vasta compilación de las razones recogidas por los principales estudiosos del *homeschooling*. Su trabajo contiene referencias expresas a los estudios de VAN GALEN (1988), MAYBERRY (1989), KNOWLES (1988), ROTHERMEL (2003), ARAI (2000) entre otros, y permite que se formule una amplia tipología de los motivos para la enseñanza en casa. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pgs. 51-67.

²¹ Es de justicia reconocer que la doctrina no acogió una tipología única de las razones según las cuales las familias practican el *homeschooling*. Así es que se propondrá una síntesis de los principales argumentos manifestados por las familias en los diversos países.

²² Según LÓPEZ SÁNCHEZ, «el ritmo de aprendizaje se adapta a las necesidades de cada menor; los padres participan en el proceso de aprendizaje; existe un ambiente donde prima la atención personalizada; se mantiene el interés por el aprendizaje y por los procesos de exploración espontáneos y auténticos e, incluso, se produce una interacción plena de todos los miembros del entorno social, evitando la división por edades propia de los centros docentes». LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 21, 2013, pg. 84.

²³ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 63.

²⁴ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, pg. 115.

²⁵ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 53.

²⁶ Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n° 15, octubre 2007, pg. 7.

²⁷ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, p. 57.

²⁸ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, pg. 115.

de las familias que desean encargarse del desarrollo del carácter de sus hijos²⁹ o de aquellas que apuntan a que los centros docentes son deficientes en lo que se refiere a la educación moral y ética de sus hijos.

c) Religiosos: bajo los motivos de carácter religioso se puede comprender un aspecto positivo y otro negativo. En lo que se refiere a la manifestación positiva de las razones religiosas, las familias intentan transmitir su conjunto de valores sin interferencias de la comunidad educativa y buscan asociar a los conocimientos académicos las creencias o religiones profesadas en el hogar o en sus comunidades³⁰. Algunos padres serían contrarios a la enseñanza laica, pero igualmente los hay contrarios al formato educativo existente en las escuelas privadas confesionales³¹. En su manifestación negativa, los motivos de naturaleza religiosa guardan relación con el interés de estas familias de que los contenidos transmitidos por el sistema educativo no invadan las libertades de la familia y, en los casos más numerosos, intentan crear una protección contra la atmósfera antirreligiosa existente en algunos centros docentes³².

d) De salud: los argumentos conectados a las cuestiones de salud se refieren a los niños con situaciones físicas, psíquicas o mentales que los padres consideran no atendidas adecuadamente por el sistema educativo o que se agravan o condicionan la escolarización del menor³³. A estos motivos se podrían añadir las situaciones de ansiedad y depresión generadas en algunos niños por la permanencia en el ambiente escolar³⁴. Sería también una fórmula a la que se recurre en el caso de niños portadores

²⁹ Cfr. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", *Estudios sobre educación*, vol. 22, 2012, pg. 59. Según la visión que se tenga de la formación del carácter, esta razón podría ser alternativamente insertada entre los motivos emocionales pues mezcla características emocionales y axiológicas.

³⁰ Cfr. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 60.

³¹ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 54.

³² Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 54.

³³ Cfr. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pgs. 59/60.

³⁴ Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 7.

de enfermedades crónicas a los que se exigen largos períodos de internación hospitalaria³⁵.

e) Emocionales: las familias que expresan razones emocionales suelen estar relacionadas con los reflejos del sistema educativo estandarizado en los alumnos. La creencia manifestada por las familias para justificar la escolarización en el hogar es que este es un ambiente caracterizado por lazos profundos de afecto capaces de potenciar la transmisión del conocimiento y de valores positivos³⁶. Están también los que buscan la cohesión familiar y un intercambio profundo de experiencias entre padres e hijos³⁷.

f) De protección o seguridad: se podrían insertar en este grupo de motivos los casos de protección de los hijos contra la violencia escolar física, psicológica e incluso sexual ocurridos en los centros docentes bien como de algunas influencias negativas originadas en la comunidad escolar, como el consumo temprano de alcohol y drogas o la anticipación de la vida sexual³⁸.

g) De necesidad familiar: los motivos de necesidad familiar son resultantes de las excepcionales configuraciones familiares a las que permite el pluralismo social. Se insertan en este escenario las familias cuyos padres realizan cambios frecuentes de dirección³⁹. Más allá de este argumento se posicionan las familias cuyos niños presentan situaciones personales específicas, como deportistas o artistas, cuyas necesidades de desplazamiento les impide o dificulta la asistencia a la enseñanza tradicional. Se pueden añadir a estos argumentos las dificultades de transporte existentes en determinadas regiones, que impedirían que los alumnos acudieran a un centro docente oficial⁴⁰.

La realidad muestra que las familias que intentan educar a sus hijos en el hogar no llegan a esta decisión bajo la aplicación de uno solo argumento, sino que asocian diversas razones. De todas formas y diversamente de lo que indican algunos de los

³⁵ Cfr. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 61.

³⁶ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 53.

³⁷ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 57.

³⁸ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 57.

³⁹ Cfr. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 60.

⁴⁰ Cfr. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 59.

críticos que apuntan la preponderancia de las razones religiosas como principal del *homeschooling*⁴¹, es importante reconocer que las razones pedagógicas⁴² son las que con mayor frecuencia concurren⁴³.

Por otra parte, la pluralidad de motivos y su argumentación firme aleja el *homeschooling* del absentismo escolar o de una suerte de abandono intelectual de la prole⁴⁴.

3. DIFICULTADES EN SU EJERCICIO

Como suele suceder con otras herramientas educativas, también la enseñanza en casa reúne características positivas y negativas. La labor de definir sus rasgos esenciales exige ir más allá de sus beneficios e identificar las dificultades para su ejercicio⁴⁵.

⁴¹ MEIX CERECEDA afirma que las aspiraciones de las familias que intentan educar a sus hijos en el hogar son «aspiraciones tenidas de la parte irracional presente en el ser humano, como en efecto son las cuestiones de la fe». MEIX CERECEDA, P., *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pg. 103.

⁴² ASENSIO SÁNCHEZ afirma que los resultados alcanzados por los alumnos educados en casa en los Estados Unidos resultaron en la concesión de preferencia en sus admisiones en universidades como *Harvard*, dada la presencia de elevado grado de madurez, disciplina y capacidad de autoaprendizaje. ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", *Laicidad y libertades*, nº 6, vol. I, diciembre 2006, pg. 13. A su vez, SOTÉS ELIZALDE, destaca positivamente los resultados obtenidos por los alumnos educados en casa en los Estados Unidos «no sólo por el nivel de conocimientos alcanzado, sino por el desarrollo de competencias que se observa en estos alumnos», hecho que ha llevado a la «proliferación de universidades en este país que amplían su marketing a los *homeschoolers* bajo la autodenominación de *home-school friendly college* (Duggan, 2010). SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 64.

⁴³ Apenas para ejemplificar, una encuesta realizada el 1999 por el *Nacional Center for Education Statistics*, órgano estadounidense responsable por los estudios sobre educación, indicó que el interés en proporcionar una mejor aprendizaje ocupaba casi la mitad (48,9%) del número de las familias que educaban en casa en los Estados Unidos. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 59.

⁴⁴ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 104.

⁴⁵ BELANDO-MONTORO enumera algunas críticas imputadas al modelo de enseñanza en casa, empezando por la consideración de la escuela como un mecanismo de cohesión social y no solo de desarrollo personal; que la familia es una institución social primaria y la escuela, por ser una institución secundaria, anticipa los rasgos de socialidad que identifican las instituciones; que no sería saludable la coincidencia entre la autoridad escolar y la autoridad familiar; que la escuela es el ambiente en el que naturalmente se desarrolla la capacidad de convivencia, de respeto mutuo, de solidaridad, función esta inexistente en el núcleo familiar. BELANDO-MONTORO, M. R., "Diversidad de intereses y necesidades de aprendizaje en una sociedad compleja y cambiante: la educación en el hogar como posibilidad", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 308.

Los argumentos ordinariamente presentados para objetar la práctica de la enseñanza en casa se los puede reunir en cuestiones de naturaleza social, dificultades académicas, adoctrinamiento o posible ocultación de situaciones de violación de derechos⁴⁶.

Con respeto a la primera crítica, que la enseñanza en casa generaría problemas de sociabilidad, se suele afirmar que las familias presentan una conducta sobreprotectora. Se añade a este argumento el temor de que la enseñanza en casa abrigue guetos culturales y sociales donde a los niños se los mantendrían aislados del contacto con los demás actores sociales⁴⁷ y cuyo resultado sería la futura dificultad de adaptación a la convivencia social⁴⁸.

En lo que se refiere a las dificultades académicas, el principal problema enfrentado por los *homeschoolers* es la ausencia de control por el Estado sobre los métodos utilizados para la enseñanza. Súmese a este problema la alegación de que algunos padres que educan a sus hijos en casa exhibirían una especie de «arrogancia académica»⁴⁹ al considerarse educadores en mejores condiciones que los profesionales del sistema educativo tradicional⁵⁰. Además, se imputa también a la enseñanza en casa una dificultad para comprobar la calidad pedagógica de los padres, lo que perjudica la integridad académica de los planes educativos⁵¹.

El abuso de los derechos educativos de los padres igualmente concentra un número razonable de sospechas. En este concepto se insertarían las familias que, bajo la alegación de procurar una educación integral, podrían impartir contenidos que no

⁴⁶ En lo que se refiere a los argumentos contrarios al *homeschooling*, véase FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, pg. 119.

⁴⁷ Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pg. 14.

⁴⁸ DIÉZ-PICAZO afirma que «el único argumento de peso contra el *home schooling* sería afirmar que el deber de cursar la enseñanza básica no sólo tiene por objetivo dotar al niño de conocimientos indispensables, sino también socializarlo en una escuela con otros niños. DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pg. 479.

⁴⁹ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 127.

⁵⁰ Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: ¿una hipótesis de responsabilidad paterna?", pg. 130.

⁵¹ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, pg. 119.

corresponden a los valores democráticos, a los derechos fundamentales y las libertades compartidas por la sociedad tal como prescribe el artículo 27.2 CE⁵².

En la secuencia se podría imputar que el proceso de educación en el hogar dificultaría la detección de situaciones de riesgo al desarrollo de los menores, tales como violencia doméstica o la explotación del trabajo infantil. Ello porque los centros docentes son herramientas eficaces para el reconocimiento de indicios de estos abusos.

La lista de objeciones a la enseñanza en casa se complementa con algunos elementos secundarios, como son las dificultades de los miembros de la familia encargados de la enseñanza. El protagonismo demostrado de las mujeres en el *homeschooling*⁵³ lógicamente no se alcanza sin el sacrificio, absoluto o parcial, de sus planes profesionales; y este hecho es percibido por la sociedad en general como perjudicial⁵⁴. Según esta visión, el cambio entre la carrera profesional y la dedicación a la labor educativa de los hijos implicaría en cierto grado de insatisfacción de la madres, sensación de fracaso e incluso en la disminución de los ingresos familiares, generando ciertas dificultades financieras y eventualmente la desestabilización del grupo familiar⁵⁵.

La casi totalidad de los argumentos contrarios a la enseñanza doméstica expuestos anteriormente se resuelven con el ejercicio de las funciones educativas del Estado, desde la exclusividad del poder de regular el sistema educativo hasta el control de la actuación de las familias mediante la actuación de los órganos de fiscalización⁵⁶.

La ausencia de regulación, cuando se interpreta como prohibición, impide el establecimiento de sistemas de control aptos para garantizar que el ejercicio de la

⁵² Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 84.

⁵³ Respecto a este protagonismo se indica la investigación realizada por GOIRIA MONTOYA, que posiciona las mujeres como las principales influencias morales y pedagógicas de sus hijos. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 127.

⁵⁴ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 63.

⁵⁵ GOIRIA MONTOYA apunta que muchas familias que educan en casa relatan cierto incómodo en cuanto a los sacrificios que la práctica impone, principalmente a las mujeres. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 130-133.

⁵⁶ Las atribuciones del Estado en cuestiones educativas son concebidas como derechos-deberes, entre los cuales se inserta la exclusividad del desarrollo normativo, la oferta del servicio educativo (aspecto prestacional) directamente o participando a los particulares, la prerrogativa de evaluar y homologar los estudios, y el ejercicio del poder de supervisión y fiscalización. CRUZ MIÑAMBRES, J. E., *El derecho fundamental a la educación (estudio interdisciplinar) (estudios alrededor de un núcleo de derecho constitucional)*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid, 1988, pgs. 99-103.

enseñanza en casa se dirija a la realización del interés superior del niño. Se podría añadir que este panorama mantendría a las familias que lo practican en una situación de constante inseguridad jurídica⁵⁷, perpetuando las alegadas sospechas.

Por el contrario, allí donde se reconoce como posibilidad educativa y se regula su ejercicio, las dificultades apuntadas parecen ser enfrentadas con mayor claridad. Veamos las experiencias de algunos países.

4. SELECCIÓN DE EXPERIENCIAS DE *HOMESCHOOLING*

Importa reconocer que el *homeschooling* no es una práctica exclusiva de los países anglosajones. A la búsqueda de su adecuado encaje en el Derecho español ayuda conocer las experiencias de otros países.

Nos parece adecuado destacar que interesa a esta investigación no tanto el formato conferido por cada ordenamiento jurídico al *homeschooling* sino sus características prácticas. Es decir, importa precisar de qué modo la enseñanza en casa se desarrolla en cada Estado. En este sentido se busca contemplar la experiencia internacional bajo dos ángulos complementarios: el grado de libertad conferido a las familias en cuanto a los métodos utilizados y a los contenidos impartidos y respecto al ejercicio del poder de regulación y fiscalización por el Estado.

Diferentes organizaciones y investigadores han propuesto clasificaciones para la identificación de los modelos adoptados por los diferentes países en lo que se refiere a la enseñanza en casa. En concreto se puede destacar la labor desarrollada por la Organización Internacional por el Derecho a la Educación y por la Libertad de Educación - OIDEL⁵⁸ y por la *Home School Legal Defense Association* - HSLDA⁵⁹.

⁵⁷ Se verá adelante que a pesar de la legislación española considerar que la escolarización es obligatoria, en algunos supuestos las familias que educan a sus hijos en casa no sufren cualquier especie de represión, lo que equivaldría a una aceptación tácita por el Estado.

⁵⁸ La OIDEL, sigla de *International Organization for the Right to Education and Freedom of Education*, es una organización no gubernamental con estatuto consultivo ante la ONU, la UNESCO y el Consejo de Europa, y promueve el Derecho a la educación como un Derecho humano fundamental para el desarrollo de la persona. OIDEL publicó el «Informe 2008/2009 sobre las libertades educativas en el mundo», resultado de la evaluación de aspectos variados del Derecho a la educación en cien países, de todos los continentes, en el cual los países fueron clasificados en cuatro grupos: a) los que admiten el *homeschooling* bajo condiciones mínimas de supervisión: Albania, Canadá, Chile, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, Hungría, Finlandia, Guatemala, Mongolia, Nepal, República de Irlanda, Reino Unido, Suiza, Tailandia y

La clasificación que a nuestro juicio resume la práctica del *homeschooling* en lo que se refiere al grado de libertad depositado en las familias es la siguiente:

a) Prohibida por la ley o por decisiones de los órganos de protección⁶⁰: se podría atribuir a Alemania la posición de preminencia entre los países que impiden la enseñanza en casa. La legislación alemana reconoce el primado estatal en la educación, interpretando el Tribunal Federal alemán (BVerfG) la enseñanza en casa como violación a la ley y a los derechos de los niños en recibir la educación. En consecuencia, los padres que insisten en educar en casa pueden perder la patria potestad y se sujetan a penas de cárcel⁶¹.

También prohíben la enseñanza en casa Brasil⁶², Grecia⁶³, Rumania⁶⁴, Suecia⁶⁵, Chipre, Croacia, Liechtenstein, Malta, Moldavia, Montenegro, San Marino y Serbia⁶⁶.

Zimbabwe; b) los que lo admiten con supervisión estricta: Austria, Bélgica, Estonia, Filipinas, Francia, Indonesia, Italia, Libia, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Portugal, República Checa, Rusia y Suecia; c) las que su práctica es reservada a casos excepcionales: Alemania, Argentina, Australia, Bangladesh, Colombia, Egipto, España, India, Islandia, Israel, Malasia, México, Países Bajos, Paraguay, Polonia, República de Corea, República Dominicana, Rumania, Singapur, Sudáfrica, Turquía, Ucrania y Uruguay; d) los que no es mencionada en los textos legislativos: Afganistán, Angola, Arabia Saudita, Argelia, Bolivia, Brasil, Camboya, Camerún, China, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Croacia, Cuba, El Salvador, Eslovaquia, Etiopía, Ghana, Grecia, Guatemala, Honduras, Irak, Irán, Jamaica, Japón, Jordania, Kazakstán, Kenia, Luxemburgo, Madagascar, Mali, Mauritania, Nigeria, Pakistán, Panamá, Ruanda, Senegal, Siria, Sri Lanka, Sudán, Tailandia, Tanzania, Túnez, Turquía, Venezuela y Vietnam. FERNÁNDEZ, A./ NORDMANN, J./ PONCI, J., *Informe 2008-2009 sobre las libertades educativas en el mundo*, OIDEL, 2010, 62 pgs.

⁵⁹ La HSLDA es una asociación surgida en los EE.UU. en los años 80, y tiene por finalidad la defensa de la enseñanza en casa bajo la conjugación de dos libertades fundamentales; los derechos de los padres y las libertades religiosas. Esta asociación mantiene registros respecto a la práctica del *homeschooling* en más de ochenta países. La clasificación formulada por la HSLDA diverge en algunos puntos de aquella publicada por la OIDEL. <<http://www.hslda.org/hs/international/default.asp>> (vista el 21/3/2016).

⁶⁰ Las decisiones a las que se refiere son, por ejemplo, las decisiones de las autoridades administrativas o de los tribunales.

⁶¹ Respecto a la situación del *homeschooling* en Alemania, véase BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 72 y SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 62.

⁶² El artículo 208, I de la Constitución brasileña de 1988 y el artículo 4º, I de la Ley nº 9.394, de 20 de diciembre de 1996 establecen la escolarización obligatoria. Sin embargo, la corte constitucional brasileña (STF) se encuentra pendiente de decidir un proceso de repercusión general (Recurso Extraordinario nº 888.815) en el cual se discute su legalidad.

⁶³ Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pg. 16.

⁶⁴ Se puede conferir en GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 361.

b) Admitida legalmente con restricciones: aquí se pueden identificar diferentes contextos educativos, con mayor o menor libertad educativa. Se destacan, por su importancia, las experiencias en Dinamarca, Estados Unidos y Francia.

En Dinamarca, uno de los países con mejor evaluación de la educación⁶⁷, el derecho de educar a los hijos en el hogar está previsto expresamente en el artículo 76 de la Constitución:

«Todos los niños en edad de instrucción obligatoria tienen derecho a enseñanza gratuita en las escuelas públicas primarias. Los padres o tutores que se encarguen ellos mismos de dar a sus hijos una instrucción igual a la que se exija generalmente en las escuelas públicas primarias, no están obligados a enviar a los niños a las escuelas públicas»⁶⁸.

Los padres que intentan educar a sus hijos en casa en Dinamarca gozan de extrema libertad y ni siquiera necesitan ser autorizados por las autoridades para poner en práctica sus planes educativos⁶⁹.

El *homeschooling* en los Estados Unidos se revela, sin duda, como la situación más plural entre todos los países pues su sistema educativo es descentralizado. En síntesis todos los Estados con diferentes matices admiten el *homeschooling*. En este sentido se pueden distinguir los siguientes modelos en los Estados:

i) que no realizan control: Connecticut, Idaho, Illinois, Indiana, Michigan, Missouri, Nueva Jersey, Oklahoma y Texas.

⁶⁵ Los cambios legislativos habidos en Suecia el 2010 dificultaron la concesión de las autorizaciones para la enseñanza doméstica. En la práctica, las familias difícilmente son autorizadas a hacerlo y se encuentran sujetas a la imposición de sanciones civiles y penales. Esto determinó el exilio de numerosos *homeschoolers* a Finlandia. VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling en Europa", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 280-282. Los casos excepcionalmente autorizados son estrictamente fiscalizados. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 362-363.

⁶⁶ En lo que se refiere a este grupo de países, véase <<https://madalen.wordpress.com/>> (vista en 5/4/2016).

⁶⁷ El Informe OIDEL inserta Dinamarca como el país que más libertades educativas garantiza a los padres, alcanzando un total de 98 entre 100 puntos posibles. FERNÁNDEZ, A./ NORDMANN, J./ PONCI, J., *Informe 2008-2009 sobre las libertades educativas en el mundo*, pg. 34. Según la OCDE, Dinamarca exhibe niveles educativos superiores a la promedia de los países que integran la evaluación PISA mientras España se queda debajo de ella. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Resultados de PISA 2012 en foco*, OCDE, 2014, pg. 5.

⁶⁸ El texto integral de la Constitución danesa puede ser consultado en el siguiente enlace: <<http://roble.pntic.mec.es/jmonte2/ue25/dinamarca/dinamarca.pdf>> (vista el 6/4/2016).

⁶⁹ Cfr. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pg. 155.

ii) que ejercen un control mínimo: Alabama, Arizona, California, Delaware, Kansas, Kentucky, Misisipi, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Utah, Wisconsin y Wyoming.

iii) que realizan un control mediano: Arkansas, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Dakota del Sur, Florida, Georgia, Hawái, Iowa, Luisiana, Maine, Massachussets, Maryland, Minnesota, Ohio, Oregón, Tennessee, Virginia, Virginia del Oeste y Washington.

iv) que aplican un control estricto: Alaska, Dakota del Norte, Nuevo Hampshire, Nueva York, Pensilvania, Rhode Island y Vermont⁷⁰.

Además de estas informaciones, quince estados han creado programas oficiales de apoyo a las familias que se dedican a educar a sus hijos en el hogar⁷¹.

En lo que se refiere a la legislación francesa, la preocupación inicial del Gobierno en cuanto a la posible formación de guetos o la influencia de sectas religiosas impuso un sistema de estricto control de las familias por el Estado⁷².

En efecto, la legislación francesa exige que las familias interesadas en la *instruction en famille* firmen anualmente una declaración. Una vez registradas, estas familias se someten a un doble control estatal: el primer control es social y se destina a averiguar los motivos manifestados por las familias para educar a sus hijos en casa; el segundo control es pedagógico, para verificar si los niños reciben los contenidos mínimos establecidos por ley⁷³.

El banco de datos de los niños educados en casa, gestionado por el Gobierno, permite que las autoridades inspeccionen los domicilios al menos una vez al año,

⁷⁰ Respecto a las características individuales de cada uno de los estados americanos, véase CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pgs. 44-51.

⁷¹ Cfr. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pgs. 69-71.

⁷² Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 29.

⁷³ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "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", pgs. 1488-1490.

garantizando así la libertad en cuanto a la enseñanza sin prescindir del ejercicio de las funciones de garantía de los derechos de los niños⁷⁴.

La pluralidad en cuanto a la práctica del *homeschooling* sucede en Austria⁷⁵, Australia⁷⁶, Bélgica⁷⁷, Bulgaria⁷⁸, Canadá⁷⁹, Escocia⁸⁰, Estonia⁸¹, Finlandia⁸², Holanda

⁷⁴ Cfr. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pgs. 77-79.

⁷⁵ La legislación austriaca exige que los alumnos estén registrados en una oficina competente y que sigan un currículo oficial. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 156. Las autoridades pueden aceptar que los contenidos se impartan bajo los modelos presentados por los padres, desde que previamente aprobados. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 156. Además, que se sometan a evaluaciones periódicas para comprobar que la educación que se imparte en el hogar es equivalente a la oficial. No se exige que los padres acrediten su capacidad pedagógica o económica. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 74.

⁷⁶ Los australianos ejercen la enseñanza en casa sin mayores restricciones. VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres", pg. 692. Basta que los alumnos estén registrados ante un órgano de control. Las dimensiones continentales del país aproximan el *homeschooling* del sistema de educación a distancia. SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 62.

⁷⁷ El *homeschooling* es practicado en su casi totalidad en la comunidad francófona. Las familias son supervisadas por una comisión encargada de asegurar que la enseñanza alcance las competencias mínimas y compatibles con los valores y libertades fundamentales. Estas familias se obligan a facilitar el acceso a los materiales, métodos y locales de enseñanza. A su vez los alumnos son sometidos a dos evaluaciones obligatorias, a los 8 y 10 años. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 42.

⁷⁸ Las autoridades búlgaras son altamente restrictivas. Solo casos excepcionales son autorizados. <<https://madalen.wordpress.com/>> (vista en 5/4/2016). Así, una vez registradas en un centro docente oficial y autorizadas, las familias necesitan seguir los programas educativos oficiales. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 352-353.

⁷⁹ El sistema educativo canadiense es descentralizado. Se admite el *homeschooling* en todas sus provincias, pero con algunos matices: desde un control mínimo pasando por la necesidad de previa inscripción, la presentación de los programas educativos por los padres o la realización de evaluaciones periódicas. Incluso algunas provincias crearon sistemas de financiación para estas familias. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 37.

⁸⁰ Una peculiaridad del sistema educativo escocés es que se exige el consentimiento del alumno para su salida del sistema oficial e introducción en la enseñanza doméstica. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 360-361.

⁸¹ En este sentido, véase PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del *homeschooling* en España y la jurisprudencia europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 17, 2001, pg. 304.

⁸² En este país los padres gozan de libertad para la configuración del modelo educativo, sin embargo, el gobierno ha creado una estrategia de cooperación en el cual se designa un profesor para figurar de tutor para cada alumno sometido al *homeschooling*. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pgs. 76-77.

(Países Bajos)⁸³, Hungría⁸⁴, Irlanda⁸⁵, Islandia⁸⁶, Italia⁸⁷, Lituania⁸⁸, Noruega⁸⁹, Polonia⁹⁰, Portugal⁹¹, Reino Unido⁹², República Checa⁹³, Rusia⁹⁴, Suiza⁹⁵ y Ucrania⁹⁶.

⁸³ GOIRIA MONTOYA reconoce que el grado de restricción impuesto por las autoridades en los Países Bajos equivale a una prohibición velada a la práctica del *homeschooling*. Las familias necesitan una autorización previa, que solo se concede en situaciones excepcionales, usualmente relacionadas con cuestiones morales, filosóficas o religiosas. Una vez concedida la autorización, las familias son acompañadas mediante una fiscalización severa. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 355.

⁸⁴ Hungría lo admite sin mayor control, equiparando la actividad desarrollada por los padres a las clases particulares. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pgs. 80-81. Las familias solo necesitan seguir el currículo oficial y someter sus hijos a evaluaciones dos veces al año. <<http://www.hsllda.org/hs/international/Hungary/default.asp>> (vista el 7/4/2016).

⁸⁵ Irlanda ha creado un órgano para supervisar los niños educados en casa. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 356-357. A pesar de ello, la libertad conferida a los padres exige solo la comunicación a las autoridades del deseo de educar en el hogar, y que los niños sean sometidos a evaluaciones periódicas. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 36.

⁸⁶ En Islandia el *Compulsory School Act* (91/2008) determina que las autoridades municipales pueden autorizar las familias a educar sus hijos en casa, y las familias se someten a supervisión y evaluaciones regulares. <<http://www.hsllda.org/hs/international/Iceland/default.asp>> (vista el 7/4/2016).

⁸⁷ Los padres necesitan comunicar todos los años a las autoridades educativas su intención de educar en casa. También se exige que reúnan capacidad pedagógica y económica para promover la enseñanza en el hogar, y sus hijos son sometidos a evaluaciones periódicas. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 81.

⁸⁸ En Lituania los padres deben seguir un currículo oficial y los alumnos son sometidos a exámenes oficiales una o dos veces al año. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 355.

⁸⁹ Noruega exige que los padres comuniquen previamente las autoridades su intención de educar los hijos en casa. Las familias son inspeccionadas por profesores. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 358-359. Los alumnos son evaluados semestralmente en un centro docente. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 37.

⁹⁰ Polonia experimenta una amplia regulación respecto al tema (BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 82), depositando en los directores la discrecionalidad para exigir de los padres la comprobación de cualquier elemento capaz de formar la convicción de que los alumnos son bien educados en casa. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 359.

⁹¹ En Portugal las autoridades ejercen poco control sobre las familias que educan en casa. Solo exigen que los niños sean sometidos a exámenes a cada dos años. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 359. Específicamente en el Archipiélago de Azores las familias pueden educar en casa a partir del 4º año de primaria. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 43.

⁹² Reino Unido poco interfiere en el ejercicio del *homeschooling*, reconociendo las familias que siguen los programas educativos oficiales y aquellas realizan una enseñanza totalmente informal. SOTÉS ELIZALDE, M. A./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 61. La fiscalización es realizada por las autoridades educativas locales (LEA) que tienen la facultad de intervenir siempre que existan sospechas de anomalías, con la finalidad de

Una posible conclusión que podría extraerse del análisis de estos datos es que, por regla general, los países europeos más desarrollados en el respecto a las libertades fundamentales y más pujantes económicamente, excepción hecha a Alemania y España⁹⁷ son los que garantizan a las familias el derecho de educar a sus hijos en el hogar, sea por motivos pedagógicos, éticos, religiosos o cualquiera otros.

5. EN PARTICULAR, LA REALIDAD DEL HOMESCHOOLING EN ESPAÑA

Hoy la ausencia de desarrollo legislativo específico para el *homeschooling* en España se traduce en dificultades para su ejercicio. A pesar de las dificultades impuestas a las familias, el número de practicantes no puede ser olvidado por las autoridades⁹⁸.

La primera manifestación del *homeschooling* en España se sitúa en los años 70, en el seno de un colectivo de familias protestantes no satisfechas con la enseñanza impartida en los colegios católicos⁹⁹.

que los niños reciban una educación, no mínimo, equivalente a proporcionada en los centros docentes oficiales. VALERO ESTARELLAS, M. J., "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", pgs. 1487-1488. Las directrices para la educación divulgadas el 2007 intentan formar un ambiente de cooperación entre los *homeschoolers* y las autoridades basado en la confianza y en el respeto mutuo. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 31.

⁹³ República Checa requiere la presentación de una solicitud por los padres alegando los motivos para el *homeschooling*. Deben demostrar la capacidad para educar en el hogar, son sometidos a evaluación psicológica y reciben la visita de inspectores en casa. Las autoridades mantienen un control pedagógico anual para evaluar si la educación impartida es adecuada. VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling en Europa", pgs. 284-285.

⁹⁴ Cfr. PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del *homeschooling* en España y la jurisprudencia europea", pg. 304.

⁹⁵ El sistema político descentralizado suizo, con 26 cantones, genera situaciones dispares como la prohibición en Jura o la admisión en Friburgo. Los cantones que admiten su práctica, como en el caso de Ginebra, Neuchâtel, Vaud y Friburgo, usualmente exigen una solicitud por parte de las familias y ejercen la fiscalización respecto a la capacidad educativa de los padres. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 40.

⁹⁶ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 363.

⁹⁷ Para LÓPEZ SÁNCHEZ «sin duda, es un contrasentido que dentro de la Unión Europea casi todos los países reconozcan como válida la educación en casa además de la escolarización obligatoria y España no avance un paso más para situarse al mismo nivel». LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 112.

⁹⁸ Las investigaciones más completas sobre el perfil de las familias *homeschoolers* españolas son aquellas desarrolladas por GOIRIA MONTOYA y por CABO GONZÁLEZ. Mientras los datos estadísticos presentados por la primera fueron recogidos el 2007; los utilizados por CABO GONZÁLEZ fueron recogidos en los años de 2008 y 2009, hecho que se refleja en los más recientes datos disponibles para análisis.

Los cambios legislativos en el sistema educativo español en el último cuarto del siglo pasado hicieron que este primer grupo de *homeschoolers* cediera el primer lugar en pujanza del *homeschooling* a otro grupo, también pequeño, de familias extranjeras que intentaban preservar un vínculo con sus tradiciones anglosajonas, lo que incluía la enseñanza doméstica. A partir de estos pequeños colectivos la opción de educar en casa ha ganado partidarios.

Si bien no existan datos estadísticos oficiales, el número de niños que seguirían a la enseñanza en casa en el territorio español en los noventa era de cerca de 50 familias¹⁰⁰. El desarrollo de nuevas tecnologías educativas y de comunicación ha impulsado el *homeschooling*. En los últimos años lo practicarían entre 600 y 2000 familias, o entre 1200 y 3000 niños¹⁰¹, cantidad muy lejos del número de practicantes en los Estados Unidos¹⁰² o Reino Unido¹⁰³.

En lo que se refiere a los métodos elegidos por las familias que practican el *homeschooling* en España, la doctrina suele reconocer un equilibrio entre tres modelos: un primer grupo es aquel formado por las familias que utilizan de las metodologías empleadas por el sistema educativo tradicional, con la única diferencia de que las trasladan al ambiente doméstico; el segundo grupo es el formado por aquellos que utilizan métodos no tradicionales. Aquí estarían presentes los que ejercen un auténtico *unschool*, aquellos que aplican las ya consagradas fórmulas educativas de enseñanza en casa presentes en la literatura especializada y los que combinan el mejor de las técnicas educativas tradicionales con la literatura propia del *homeschooling*. Por fin hay un tercer

⁹⁹ Para datos más específicos sobre las raíces históricas del *homeschooling* en España, véase CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pgs. 71-76 y GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 44-102.

¹⁰⁰ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 314.

¹⁰¹ Conforme los datos extraídos de <<http://www.hslda.org/hs/international/Spain/default.asp>> (vista el 21/3/2016). Esta cifra es confirmada por MARTÍ SÁNCHEZ al referirse al estudio llevado a cabo por URPI. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 37. CABO GONZÁLEZ estima este número entre 600 y 1200 familias, lo que significaría entre 1200 y 2400 alumnos. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 316.

¹⁰² Los datos divulgados por el NCES indican un crecimiento continuo de la población de *homeschoolers*. El número registrado pasó de 850.000 alumnos el 1999 para 1,09 millón, en 2003, y para 1,5 millón el 2007. <<https://nces.ed.gov>> (vista el 12/4/2016).

¹⁰³ Reino Unido registra entre 20.000 y 100.000 niños educados en casa. <<http://www.hslda.org/hs/international/UnitedKingdom/default.asp>> (vista el 12/4/2016)

grupo que registra la creciente utilización de las herramientas de educación a distancia, que denotan un uso acentuado de las tecnologías de información y comunicación¹⁰⁴.

En cuanto a los motivos alegados por las familias, en orden de prioridad serían los siguientes argumentos: «pedagógico, socio-afectivo, personal, ideológico-político, ético-moral, socio-relacional, e ideológico-religioso»¹⁰⁵.

La realidad en España es que los riesgos a los cuales estas familias son sometidas indican que siguen «esforzándose por convencer a la sociedad de la legitimidad de su opción y a no cejar en su empeño por la consecución de un status jurídico que les permita educar en casa sin riesgo de sufrir persecución por ello»¹⁰⁶.

II. *HOMESCHOOLING* EN ESPAÑA: AUSENCIA DE REGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO Y MARCO NORMATIVO GENERAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Hoy por hoy, en España la educación en casa no tiene reconocimiento jurídico pues «la ley no reconoce otra educación al margen del sistema escolar»¹⁰⁷.

En síntesis el panorama que se presenta para los partidarios del *homeschooling* vendría condicionado en el punto de partida por la consideración de la educación como un derecho fundamental y un deber estatal. En el plano legislativo, se observa la restricción de las libertades educativas de los padres y la equiparación entre los conceptos de educación y escolarización obligatorios. Se añade a este cuadro una jurisprudencia no favorable a la enseñanza en casa. Puede decirse, en definitiva, que el terreno para el *homeschooling* en España es de dificultades para quienes pretenden recurrir a esta fórmula educativa extendida en otros países.

¹⁰⁴ En este sentido se puede leer en GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 134-136.

¹⁰⁵ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 321.

¹⁰⁶ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 345.

¹⁰⁷ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 87.

1. DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL *HOMESCHOOLING*

El derecho a la educación en España reúne características modernas¹⁰⁸: universalización de la enseñanza¹⁰⁹, implantación de un régimen de obligatoriedad de la educación, adopción de un sistema fuertemente caracterizado por la intervención estatal en la enseñanza y, por fin, búsqueda de la formación de una sociedad basada en la igualdad de oportunidades¹¹⁰. Esta visión moderna de la educación ha estado fuertemente influenciada por los textos internacionales de derechos humanos, a partir de la segunda mitad del siglo XX, donde se originó la necesidad de resguardar las dimensiones del derecho a la educación¹¹¹.

La tensión entre las visiones del derecho a la educación y la necesidad de obtención de consenso para la redacción de un nuevo texto constitucional motivaron que los diferentes grupos ideológicos cedieran parcialmente en sus posiciones de partida¹¹². Quizás por ello se afirma que el artículo 27 CE contempla una especie de abanico pluridimensional de contenidos¹¹³: no faltan referencias a las libertades educativas de los padres, a la dimensión universal de la educación, al aspecto

¹⁰⁸ Respecto a la visión de la modernidad sobre la educación, véase MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pgs. 1-3.

¹⁰⁹ Se quiere referir por universalización de la enseñanza su extensión al mayor número posible de personas, principalmente a los niños.

¹¹⁰ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, pg. 25.

¹¹¹ Conforme REDONDO, la libertad de enseñanza surgió en los textos internacionales de derechos humanos, confiriendo al Derecho a la educación un ámbito de garantía del desarrollo de la persona humana. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 29.

¹¹² NICOLAS MUÑIZ enseña que los apartados 5 y 7 del artículo 27 de la CE fueron una concesión del partido centrista al partido socialista. En cambio, el partido socialista ha cedido en los apartados 1, 6 y 9, renunciando al principio de la escuela pública unificada, de tanta tradición en sus cien años de historia, y aceptando la duplicidad de establecimientos docentes NICOLAS MUÑIZ, J., "Los derechos fundamentales en materia educativa en la constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, nº 7, enero-abril 1983, pg. 337.

¹¹³ Según GÓMEZ MONTORO, en el artículo 27 de la Constitución «coexisten contenidos muy diversos, vinculados con posiciones ideológicas distintas y con frecuencia enfrentadas», algo que se traduce en la existencia de «ese carácter "pluridimensional"». GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Concepto pluridimensional del derecho a la educación", en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación: encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Consejería de Educación, Madrid, 2003, pg. 103.

prestacional, entre otros¹¹⁴. La difícil labor de concreción del precepto se quedaría diferida al legislador orgánico.

Es en ese complejo cuadro del sistema educativo donde debe estudiarse el encaje del *homeschooling* que juega en el equilibrio entre los contenidos de universalidad del derecho a la educación (primera parte del artículo 27.1), la garantía de la libertad de enseñanza capaz de atender integralmente el objeto de la educación (artículo 27.2) y el derecho de los padres respecto a la formación religiosa y moral de sus hijos (artículo 27.3); todo ello conjugado con la obligación de todos de integrarse a la enseñanza básica (artículo 27.4).

La tensión¹¹⁵ entre cada uno de estos componentes de la educación¹¹⁶ hace que el deseo de educar a los hijos en casa ponga «a prueba, de modo más radical, la libertad de enseñanza»¹¹⁷. En otras palabras, la manifestación de este deseo de las familias de ejercer personalmente la labor educativa actúa como una fuente constante de presión sobre los límites de actuación del Estado, de sus funciones protectora, reguladora y prestacional.

De ahí que la ausencia de un posicionamiento claro en la Constitución¹¹⁸ para la actuación de cada uno de los actores educativos conduce, en lo que se refiere a la enseñanza en casa, a dos legítimas interpretaciones del artículo 27 CE: la primera resuelve la cuestión en aras de restringir las libertades de los padres a aquellos supuestos expresamente indicados por el constituyente, en razón de un protagonismo del Estado

¹¹⁴ Respecto a las múltiples dimensiones del derecho a la educación, véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas", *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 2007, pgs. 15-78.

¹¹⁵ GÓMEZ MONTORO afirma que así como suele ocurrir en otros derechos fundamentales previstos en la Constitución, en la educación se percibe un conflicto entre la libertad y la igualdad, o mejor dicho, entre la libertad de enseñanza con el derecho prestacional de acceder a la educación. GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Concepto pluridimensional del derecho a la educación", pg. 104.

¹¹⁶ En el artículo 27 CE se encuentran, de acuerdo con CRUZ MIÑAMBRES, derechos individuales e subjetivos, principios objetivos, garantías constitucionales, facultades de disfrute de los servicios prestados por el legislador ordinario y derechos prestacionales. CRUZ MIÑAMBRES, J. E., *El derecho fundamental a la educación (estudio interdisciplinar) (estudios alrededor de un núcleo de derecho constitucional)*, pg. 89.

¹¹⁷ Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "Análisis de la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 231.

¹¹⁸ Según ÁLVAREZ VÉLEZ, la definición de los contenidos del derecho a la educación en la Constitución revela una redacción «poco cuidada, que incluso puede dar lugar a una cierta ambigüedad». ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español*, UPCO, Madrid, 1994, pg. 162.

en la garantía del mejor interés de los menores; una segunda interpretación intenta reconocer en la libertad de enseñanza un derecho fundamental que funciona como substrato teórico para respaldar la existencia de un derecho de educar a los hijos conforme a las propias convicciones, lo que podría incluir la educación en el hogar.

Conviene subrayar que según el apartado 4 del artículo 27 CE el deber de cursar la enseñanza básica se establece como una obligación de resultados, es decir, del seguimiento de un determinado programa educativo, la realización de evaluaciones y la obtención de unas competencias mínimas. Pues bien, si el derecho a la educación previsto en la Constitución contempla esta dimensión, así como el desarrollo de aptitudes sociales y morales, sería posible formular una interpretación que reconociera la práctica del *homeschooling* como una herramienta adecuada para este fin¹¹⁹.

2. HOMESCHOOLING Y LEGISLACIÓN EDUCATIVA

Ahora bien, la labor desarrollada tras la promulgación de la Constitución continuó reflejando las dificultades para amalgamar las dimensiones individual y prestacional del derecho a la educación¹²⁰. En realidad se percibe que las divergencias ideológicas en torno de la educación se han mantenido hasta la fecha actual¹²¹, lo que hace evidente la dificultad de encontrar un marco normativo estable en materia educativa.

El margen de libertad conferido al legislador para configurar el derecho a la educación conforme sus criterios de conveniencia y oportunidad políticos respetando su contenido esencial (artículo 53.1 CE), permitió que cada ley orgánica de educación publicada en la vigencia de la Constitución de 1978 refleje las posiciones ideológicas del grupo parlamentario dominante.

¹¹⁹ DIÉZ-PICAZO reconoce categóricamente la compatibilidad de la enseñanza en casa con los preceptos constitucionales, afirmando que la única objeción que se lo podría presentar sería el componente de socialización de los niños. DIÉZ-PICAZO JIMÉNEZ, L. M., *Sistemas de Derechos Fundamentales*, pg. 479.

¹²⁰ Cfr. ABRISKETA URIARTE, J., "El derecho a la educación y los Derechos en la educación en España: análisis crítico de la LOMCE", *Internacional Multilingual Journal of Contemporary Research*, vol. 2, nº 4, diciembre 2014, pg. 31.

¹²¹ Conforme NICOLAS MUÑIZ, la tregua existente entre los grupos parlamentarios para la aprobación de un texto constitucional consensual terminó en cuanto se redactaba la LOECE. NICOLAS MUÑIZ, J., "Los derechos fundamentales en materia educativa en la constitución española", pg. 337.

A pesar de la existencia de algunos momentos en que las libertades educativas se manifestaron con mayor desenvoltura¹²², la tradición jurídica en España suele asociar el cumplimiento del derecho a la educación con la imposición de la escolaridad¹²³. Esta circunstancia parece confirmar una inclinación del legislador a favor de la igualdad y al reconocimiento de que «el derecho a la educación es tan valorado que su disfrute no se deja a la autonomía de la voluntad»¹²⁴ sino a la dirección del Estado.

Ahora bien, es innegable que la escolarización obligatoria es la herramienta más evidente para el cumplimiento del mandato constitucional de la garantía del derecho a la educación a todos¹²⁵. Dicho de otra forma, cuando el Estado intenta garantizar el derecho a la educación siguiendo el imperativo constitucional de que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (artículo 27.4 CE), lo concibe como un derecho irrenunciable, y procura garantizarlo con la creación de un sistema basado en la igualdad de condiciones¹²⁶.

¹²² Un ejemplo de legislación que no identificaba el derecho a la educación con la escolarización obligatoria es el Fuero de los españoles, de 17/7/1945, cuyo artículo 5 define que «Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos a su libre elección. El Estado velará para que ningún talento se malogre por falta de medios económicos». <<http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf>> (vista el 25/4/2016). Aquí se reconoció en materia educativa el principio de la subsidiariedad, ocupando la familia el protagonismo, permaneciendo el Estado con un papel de garante para que nadie se quedase sin instrucción.

¹²³ En este sentido se destaca que la primera ley a vincular los conceptos de educación y escolarización fue la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, conocida por Ley Moyano, cuyo artículo 7 determinaba que: «La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores ó encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas ó en establecimiento particular». <http://personal.us.es/alporu/historia/ley_moyano_texto.htm#titulo1> (vista el 25/4/2016). De hecho, empezaba así la legislación española a asimilar el concepto de escolarización obligatoria aunque se reconocía ciertas situaciones en que se admitiera la enseñanza doméstica.

¹²⁴ Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 17.

¹²⁵ Conforme MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, «Es la educación escolar lo que constituye de modo principalísimo el objeto de los derechos fundamentales y libertades públicas relativo a la educación. Aunque quepa referirlos también a otras modalidades que puede aceptar la educación - como la doméstica o el *home schooling*, tan difundido en algunas zonas norteamericanas, o la tutoría particular privada, o, en fin, los procesos educativos de instituciones sociales o privadas, no sujetos a regulación pública, y todo el ámbito de la llamada educación no formal-, la determinación y profundización de los derechos y libertades fundamentales sobre la educación se refiere ante todo a la educación institucionalizada por el poder público e impartida ordinariamente en forma escolar». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas", pgs. 29-30.

¹²⁶ REDONDO habla de un sistema educativo en el cual se imparten unas asignaturas comunes, caracterizado por un sistema general de evaluación, como herramienta para superar las históricas carencias

Pues bien, el deber de escolarización¹²⁷ se regula actualmente por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de «Educación» (LOE)¹²⁸ cuyo artículo 9.2 dispone que la enseñanza básica comprende una escolarización obligatoria de diez años¹²⁹. Este modelo, mantenido con la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la «mejora de la calidad de la educación» (LOMCE)¹³⁰, confirma la opción del legislador por la igualdad y la obligatoriedad de la escolarización tradicional¹³¹.

La LOMCE no ha abordado directamente la cuestión de la escolarización obligatoria, sin embargo procura combatir los casos de abandono escolar temprano, impedir o disminuir la segregación escolar y solucionar la cuestión de la falta de

económicas y estructurales que se observaron en el último siglo en España. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 124.

¹²⁷ Según MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «el significado concreto, en fin, de este derecho-deber es que todo español tiene derecho y obligación de estar escolarizado en algún centro que imparta legítimamente el nivel básico de la enseñanza». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza), *Persona y Derecho*, nº 6, 1979, pg. 242.

¹²⁸ Texto disponible en <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-7899-consolidado.pdf>> (vista el 27/4/2016).

¹²⁹ Artículo 9. Enseñanza básica.

1. La enseñanza básica comprende la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
2. La enseñanza básica incluye diez años de escolaridad. Se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis.

¹³⁰ Texto disponible en <<https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12886.pdf>> (vista el 13/4/2016).

¹³¹ VALERO ESTARELLAS afirma que «la importancia que el ordenamiento español da al derecho a la educación a 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». VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres", pg. 702.

calidad¹³². Así mismo, en su preámbulo se incorpora el compromiso de desarrollar integralmente a la persona¹³³ a través del aprendizaje en una escuela¹³⁴.

Esta opción legislativa por un modelo de escolarización obligatoria no se evidencia solo en las leyes educativas, sino en un conjunto de leyes que intentan proteger los intereses de los menores. Veamos.

Tras la previsión de la protección a las familias y a los niños como principio rector de la política social y económica en el artículo 39 CE¹³⁵, el artículo 154 del Código Civil¹³⁶ indica sin mayor precisión cuales son los deberes inherentes a la condición de padres¹³⁷. La patria potestad encierra una función social caracterizada por un doble aspecto: como facultad inherente a la condición de padres y un deber jurídico para la

¹³² Refiriéndose a la Exposición de Motivos de la LOMCE, URIARTE afirma que «dicha Exposición de motivos pone en evidencia tres grandes preocupaciones. En primer lugar, que los resultados obtenidos por los alumnos españoles en las pruebas de evaluación internacionales como la de PISA (*Programme for International Student Assessment*) evidencian un nivel insuficiente en diversas áreas, muy alejado del promedio de la OCDE. EN segundo lugar, se hace hincapié en las elevadas tasas de abandono temprano de la educación en España. En tercer lugar, la LOMCE da cuenta del reducido número de estudiantes que alcanza el grado de excelencia». ABRISKETA URIARTE, J., "El derecho a la educación y los Derechos en la educación en España: análisis crítico de la LOMCE", pgs. 34-35.

¹³³ Se extrae del preámbulo de la LOMCE que «Solo un sistema educativo de calidad, inclusivo, integrador y exigente, garantiza la igualdad de oportunidades y hace efectiva la posibilidad de que cada alumno o alumna desarrolle el máximo de sus potencialidades».

¹³⁴ Importa reconocer que el apartado IV del preámbulo de la LOMCE hace referencia expresa a una pluralidad de países cuyos sistemas educativos se encuentran en actualización; olvidándose de que en la casi totalidad de ellos, como referido en la primera parte de este artículo, se acepta el *homeschooling*. El preámbulo se refiere a Finlandia, Suecia, Alemania, Austria, Francia, Italia, Dinamarca, Polonia, Hungría, Reino Unido, Brasil, Singapur, Japón, China, Canadá, República de Corea y EE.UU.

¹³⁵ Respecto a la configuración de la protección de la familia como principio rector de la política social y económica, véase JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pgs. 121-132.

¹³⁶ Artículo 154. Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad. <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>> (vista el 10/3/2016). El próximo capítulo abordará con mayor profundidad las relaciones entre la patria potestad y el *homeschooling*.

¹³⁷ «Tal falta de precisión en la regulación civil del deber de educar permite el reconocimiento de una discrecionalidad amplia en el modo en que el progenitor desarrolla su obligación, de modo que puede llevar a cabo su deber en la forma que crea más conveniente». RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: una hipótesis de responsabilidad paterna?", pg. 125.

protección de los intereses del menor¹³⁸. La patria potestad se debe ejercer, conforme BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «dentro del respeto a la legalidad, al orden público y, a parte esencial de éste, al orden constitucional»¹³⁹. Estas disposiciones no suficientemente precisas del Código Civil se concretan en las leyes educativas, cuyo incumplimiento correspondería a la violación de los deberes inherentes a la patria potestad, con las consecuencias previstas en la legislación¹⁴⁰. Entre las consecuencias posibles se insertan las advertencias, las ordenes de inmediata escolarización en la forma del artículo 158 CC, la responsabilidad civil de los padres en la forma del artículo 1.902 CC¹⁴¹, incluso la pérdida de la patria potestad en la forma del artículo 170 del Código Civil.

El artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁴², a su vez, prevé la obligatoriedad de comunicación a las autoridades competentes de los casos de absentismo escolar¹⁴³. Sin embargo, la parte final del artículo contiene una cláusula de exención de este deber de comunicación siempre que hubiera justificación, aunque no precisa el legislador dichas justificaciones¹⁴⁴.

Estas disposiciones vendrán a ser visiblemente restrictivas de la práctica del *homeschooling* en los ámbitos civil y administrativo. Se debe añadir la previsión de la

¹³⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al Capítulo Primero del Título VI del Libro Primero del Código Civil: Disposiciones Generales", en AMORÓS GUARDIOLA, M. (coord.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pg. 1046.

¹³⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al Capítulo Primero del Título VI del Libro Primero del Código Civil: Disposiciones Generales", pg. 1053.

¹⁴⁰ El artículo 158 del Código Civil enumera diversas consecuencias del incumplimiento de la patria potestad, que pueden culminar con su privación completa conforme describe el artículo 170 CC.

¹⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: una hipótesis de responsabilidad paterna?", pg. 135.

¹⁴² «Artículo 13. Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva.

(...)

2. Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización». <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-1069>> (vista el 27/4/2016).

¹⁴³ Cfr. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 110.

¹⁴⁴ «De igual modo, se establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar». Apartado 2 del preámbulo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

responsabilidad penal de los padres en la aplicación de los artículos 226, 229 y 230 del Código Penal¹⁴⁵, que dependerá de la efectiva situación de abandono¹⁴⁶.

La evidente diferencia entre las situaciones de puro absentismo escolar y la opción por el *homeschooling* se refleja en la exclusión de la incidencia de las normas penales¹⁴⁷, de modo que acabe por reconocer que la conducta de estos padres no admite el dolo; es decir, intención de privar de la formación a los hijos. Las premisas de los tipos penales referidos se dirigen a un efectivo abandono de los menores, inexistente en los supuestos de la enseñanza en casa¹⁴⁸.

3. UN DISPAR TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL HOMESCHOOLING

Tratándose la educación de un derecho fundamental y, aún más, de un derecho caracterizado por intensos conflictos ideológicos, era predecible el papel del Poder Judicial en la definición de los límites entre cada una de sus dimensiones¹⁴⁹. Las situaciones en que los jueces se encuentran con familias que educan a sus hijos en casa son crecientes¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: una hipótesis de responsabilidad paterna?", pg. 134.

¹⁴⁶ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., "Consecuencias penales de la educación en casa", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 146.

¹⁴⁷ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, pg. 205.

¹⁴⁸ En este sentido conviene la lectura de la política criminal principialista propuesta por Sánchez-Ostiz, en especial el subprincipio de la subsidiariedad, formado por la compensación entre los principios de seguridad y legalidad, y que permite concluir que la elección de los instrumentos penales represivos se justifican para las cuestiones del abandono escolar temprano pero no se justificarían para los casos de *homeschooling*. SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons, Madrid, 2012, pgs. 150-159.

¹⁴⁹ Según GÓMEZ MONTORO, el Tribunal Constitucional se revela especialmente importante en la «labor en la tarea de establecer criterios precisos sobre cómo compaginar las libertades educativas con las exigencias del derecho a la educación, y las libertades de los padres y titulares de centros con las indeclinables funciones que competen a los poderes públicos, y ha limitado, cuando ha sido necesario, los excesos en que a veces ha incurrido el poder político». GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional", *Revista Española de Pedagogía*, año 61, n° 226, septiembre-diciembre de 2003, pg. 414.

¹⁵⁰ El Defensor del Pueblo de Andalucía divulgó en su informe de 2005 que los casos de familias que empezaban a educar a sus hijos en casa era creciente, circunstancia merecedora de previsión legislativa dada la insuficiencia de la intervención del Ministerio Fiscal. En sus palabras, «pretender que nuestro país o nuestro sistema educativo van a permanecer ajenos a esas nuevas realidades sociales, nos parece un ejercicio de ingenuidad que no nos conduce a nada positivo. Si observamos a los países de nuestro entorno y vislumbramos el futuro con una cierta perspectiva, nos daremos cuenta de que no podemos

Además del Poder Judicial, como garante último de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el *homeschooling* en dos ocasiones. La primera de ellas en la STC 260/1994¹⁵¹, caso conocido como los *niños de Dios*. En este proceso el Tribunal Constitucional reconoció¹⁵² que la privación de la custodia de los niños por el Estado en razón del cambio de la escolarización oficial por la enseñanza doméstica era una medida extrema, desproporcionada:

«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.

(...). Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos»¹⁵³.

En su voto particular el magistrado Gimeno Sendra señaló que la violación al derecho a la educación sería consecuencia lógica de la no escolarización, considerada esta una obligación legal deducida de las normas constitucionales¹⁵⁴.

seguir apostando por un único modelo educativo, concebido como algo exclusivo y excluyente que condena sin paliativos a la ilegalidad o incluso criminaliza a todo aquel que opta por modelos educativos alternativos. En nuestra opinión es necesario abrir un debate social, especialmente en el seno de la comunidad educativa, en el que se analicen las nuevas realidades sociales y educativas y se vayan perfilando las claves para una nueva legislación que habrá de buscar como conjugar el derecho de las familias a decidir libremente el tipo de educación que quieren para sus hijos, con el deber de los poderes públicos de garantizar que cualquier modelo educativo que se elija respete íntegramente el derecho fundamental de los menores a acceder a una educación que tenga por objeto el pleno desarrollo de su personalidad y el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Informe al Parlamento* 2005, Andalucía, 2006, pg. 48.

¹⁵¹ La STC 260, de 3 de octubre de 1994 fue dictada después que la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña declarara la situación de desamparo de un grupo de 23 niños pertenecientes a una comunidad religiosa denominada *niños de Dios*, que eran educados directamente por esta organización, fuera del sistema escolar oficial. La asunción de la tutela de los niños por el Estado se basó en la imputación de riesgos a su desarrollo físico y mental.

¹⁵² Según MARTÍ SÁNCHEZ el Tribunal Constitucional decidió la cuestión sin «concretar una doctrina sobre cuál fuese el alcance del derecho a la elección de los padres». MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 27.

¹⁵³ El Tribunal Constitucional no ha discutido la legalidad o la constitucionalidad de esta herramienta educativa, limitándose a reconocer la violación al derecho a la educación. STC 260/1994, FJ 2.

¹⁵⁴ En resumen, el voto particular emitido por Gimeno Sendra coincide inadecuadamente los conceptos de educación y escolarización, e interpreta el alcance de las libertades educativas conferidas a los padres por la Constitución restrictivamente, negando que ellas signifique un derecho de educar libremente y de acuerdo con sus propias convicciones morales, ética o religiosas. En su opinión, la educación es un derecho dirigido especialmente a los niños, cuyo interés se concreta en la escolarización definida por los poderes públicos como obligatoria. STC 260/1994, FJ 2 del Voto Particular.

El crecimiento de las situaciones de conflicto entre las autoridades educativas y las familias de *homeschoolers* no resuelto tras la sentencia de 1994, llevó a que el Tribunal Constitucional volviera a pronunciarse sobre la cuestión en la STC 133/2010¹⁵⁵.

Esta sentencia resuelve un recurso de amparo de una familia extranjera residente en Coín, Málaga, que educaba a sus hijos en el hogar. La fiscalía los notificó para que justificasen los motivos según los cuales los hijos no acudían a un centro docente oficial, al que informaran que la enseñanza impartida en el hogar era de mejor calidad que la tradicional. Afirmaron los padres que sus hijos hablaban cinco idiomas, recibían clases de música, matemáticas, ciencias y lengua. Además, los niños recibían una amplia formación ética. Alegaron, por último, que los profesionales del servicio social no detectaron ninguna irregularidad en el seno de la familia capaz de indicar la ocurrencia de daños a los menores¹⁵⁶.

La fiscalía presentó expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín bajo la alegación de que la negativa a escolarizar a los hijos contrariaba la legislación educativa. Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Coín como la Audiencia Provincial de Málaga negaron la pretensión de los padres de enseñar a sus hijos en el hogar, motivo por lo cual los hechos llegaron al Tribunal Constitucional por vía de recurso de amparo.

Interesa especialmente la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional sienta en este caso, no precisamente favorable a la libertad de practicar el *homeschooling*. El Tribunal Constitucional reconoció preliminarmente que el legislador tiene la facultad¹⁵⁷ para configurar el derecho a la educación ante la elección de un modelo de escolarización obligatoria o mediante la acogida de la enseñanza en casa. Según el tribunal, el legislador

¹⁵⁵ La STC (Sala Primera) 133, de 2 de diciembre de 2010 fue dictada por unanimidad de los jueces y se refiere a la solicitud de apertura de un procedimiento de jurisdicción voluntaria por la Fiscalía de Menores de Coín para que un matrimonio que educaba a sus hijos en casa por motivos pedagógicos se acordara la inmediata escolarización.

¹⁵⁶ STC 133/2010, antecedentes nº 2.

¹⁵⁷ El TC aplica la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se verá adelante, en la cual se reconoce a los Estados una extensa margen de apreciación en materia educativa.

optó por un modelo de escolarización obligatoria como instrumento para la realización del derecho a la educación, razón por la cual no existen lagunas legislativas¹⁵⁸.

La respuesta dada por el Tribunal Constitucional a los argumentos presentados por los padres¹⁵⁹ se basó en dos cuestiones principales: la inserción de las cuestiones pedagógicas en el contenido de la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE y los límites del derecho a formar a los hijos de acuerdo con las convicciones morales y religiosas de los padres.

En lo que se refiere al primer argumento el tribunal concluyó que las cuestiones pedagógicas no encuentran cauce ni en el contenido prestacional del derecho a la educación de la primera parte del artículo 27 ni tampoco en las libertades derivadas de la libertad de enseñanza de la segunda parte del mismo artículo¹⁶⁰.

Se destaca la argumentación utilizada por la corte para desplazar las cuestiones pedagógicas. Acorde con el tribunal, las referencias a las libertades pedagógicas de los padres en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea serían instrumentales a las libertades filosóficas y religiosas previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y no constituirían un derecho autónomo¹⁶¹.

¹⁵⁸ El argumento de la existencia de lagunas legislativas fue rechazado por el TC al reconocer que hubo una clara elección legislativa por un modelo educativo que no configura la enseñanza básica obligatoria prevista en el artículo 27.4 CE con la escolarización obligatoria contenida en los artículos 4.2 LOE y 9 LOCE. STC 133/2010, FJ 4 y 9.

¹⁵⁹ Los padres reivindicaban el reconocimiento de la libertad de educar a sus hijos en casa como un derecho fundamental derivado de la libertad de enseñanza (artículo 27.1) y como ejercicio de la facultad de elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3).

¹⁶⁰ «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». STC 133/2010, FJ 5.

¹⁶¹ «Finalmente, a pesar de que en su art. 14 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce el "derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas", esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 CDFUE "se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH", sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el Preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos». STC 133/2010, FJ 6.

El segundo argumento utilizado para rechazar la pretensión de los padres se basó en su derecho a educar a sus hijos conforme razones de orden moral o religiosa. En este sentido, el Tribunal Constitucional entendió que la imposición de la escolarización obligatoria no deja de ser una limitación a esta libertad, pero es una limitación absolutamente proporcionada, adecuada a los demás contenidos del artículo 27 CE¹⁶².

Esta última sentencia ha tenido una repercusión negativa en relación con el *homeschooling*, pues el Tribunal Constitucional posicionó a las familias que lo practican como potencialmente vulneradoras de los derechos de sus hijos. Para los partidarios del *homeschooling* la STC 133/2010 no distingue adecuadamente los conceptos de educación y escolarización¹⁶³ y prepondera la igualdad educativa sobre el pluralismo educativo¹⁶⁴. Con esta sentencia la enseñanza en casa no ha sido reconocida como opción educativa¹⁶⁵.

Sin embargo, la sentencia fomentó un debate multidisciplinar sobre el tema y contribuyó a la divulgación de esta opción educativa y al fomento de una mayor presión social a la acogida del *homeschooling*¹⁶⁶.

Tal vez por ello, los nuevos casos ante el Poder Judicial han sido tratados de modo diferente, con posiciones matizadas, dejando de reconocer que el *homeschooling* presupone un automático incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

¹⁶² «...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 (LA LEY 2500/1978) y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido». STC 133/2010, FJ 6.

¹⁶³ Según VALERO ESTARELLAS «no existe una correlación necesaria entre ausencia de escolarización y falta de educación». VALERO ESTARELLAS, M. J., "*Homeschooling* en Europa. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos", pg. 1496.

¹⁶⁴ «El Tribunal Constitucional decidiendo sobre el *homeschooling*, y el Tribunal Supremo han hecho primar la "integración en una sociedad plural y el principio de igualdad" no sólo sobre la adquisición de conocimientos sino por encima del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones y a través de un sistema educativo de equivalentes o mejores resultados». BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 88.

¹⁶⁵ «...ambas opciones deben ser tratadas como lo que son, opciones distintas, que pueden ser aceptables y deseables para algunos o por el contrario rechazables e inaceptables para otros. Pero ambas deben poder ejercitarse en igualdad de condiciones antes los poderes públicos. La Constitución Española lo permite, y así lo ha declarado abiertamente el Tribunal Constitucional en su sentencia de diciembre de 2010». GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 36.

¹⁶⁶ Cfr. CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 86.

Dictada apenas días después de la STC 133/2010, la SAP de Tarragona de 30 de diciembre de 2010¹⁶⁷ a pesar de las críticas formuladas a la enseñanza en casa, reconoció que el artículo 55 de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña¹⁶⁸ contendría una previsión que autorizaría la educación fuera del ambiente escolar en casos excepcionales¹⁶⁹. La Audiencia Provincial reconoció la ausencia de escolarización oficial de un grupo de cuatro niñas. Sin embargo, dejó de recomendar la aplicación de medidas administrativas destinadas a su protección y no determinó la confección y remisión de informes a las autoridades educativas o sociales. Si bien no se puede concluir tajantemente que la Audiencia Provincial reconoció el *homeschooling* como una herramienta legal, si percibe que el órgano judicial no ha detectado violación alguna a los derechos de las niñas por el hecho de ser educadas en casa.

Otra decisión interesante es el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro, el AJPI de 3 de julio de 2014¹⁷⁰. En este caso la autoridad judicial reconoció expresamente que la enseñanza en casa impartida por la madre no era adecuada; y verificó que su conducta era sobreprotectora. Sin embargo, la sentencia aplicó diversas medidas de protección a los distintos miembros de la familia pero dejó de aplicar a los padres - y específicamente a la madre, que conserva la custodia - cualquier medida o informe destinado a la cesación de la escolarización doméstica dado el reconocimiento de una condición peculiar del niño, que reunía problemas físicos y psicológicos.

En el ámbito de la tutela penal de los intereses del menor el tema parece revestirse de contornos particulares. En el análisis de estas peculiaridades presenta interés especialmente la STS de 30 de octubre de 1994, anterior a la STC 133/2010 y también la reciente SAP 178/2015¹⁷¹.

¹⁶⁷ La SAP de Tarragona de 30 de diciembre de 2010 ha decidido una disputa entre los padres respecto a los alimentos debidos por el varón a sus 4 hijas, que eran escolarizadas en casa.

¹⁶⁸ Texto disponible en <<http://www.boe.es/boe/dias/2009/08/06/pdfs/BOE-A-2009-13038.pdf>> (vista el 20/4/2016)

¹⁶⁹ SAP de Tarragona de 30 de diciembre de 2010, FJ 3º.

¹⁷⁰ AJPI de 3 de julio de 2014.

¹⁷¹ SAP (Sección 2ª) 178, de 1 de junio de 2015.

En la STS de 30 de octubre de 1994 el Tribunal Supremo trató del caso de los *niños de Dios*, pero en el ámbito penal. La sentencia reconoció que el Derecho Penal debe reservarse para los supuestos que ofendan la sociedad con más gravedad¹⁷². Específicamente en lo que se refiere al *homeschooling*, consideró el tribunal que la aplicación de los tipos penales sigue un razonamiento¹⁷³ que quizás no se aplique a los supuestos de la enseñanza en casa, debiendo reservarse la discusión para otros ámbitos del Derecho.

En la reciente decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Ourense este carácter subsidiario del Derecho Penal fue reiterado tras el argumento de que el proceso penal no es el ámbito adecuado para la discusión respecto a los límites de las libertades de los padres en cuestiones educativas. En este sentido, no se evidenció el delito de abandono en los supuestos en que los padres deciden educar a sus hijos en casa o por medio de asociaciones, pues no había prueba de la existencia de omisión penalmente relevante, ni intención de no cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad¹⁷⁴.

Este panorama jurisprudencial posterior a la STC 133/2010 refleja que el tema de la enseñanza en casa queda lejos de estar resuelto y expresa las dificultades para establecer los límites entre las libertades educativas y las atribuciones del Estado.

¹⁷² «La intervención del derecho penal debe estar reservada para aquellos supuestos en los que las enseñanzas impartidas difunden ideas contrarias a la convivencia o la tolerancia, hacen apología de la violencia, promueven la discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos, o favorezcan la prostitución o corrupción de menores, sin perjuicio de la protección específica de estos valores en otros preceptos del ordenamiento penal». STS de 30 de octubre de 1994, FJ 4º, apartado 2.

¹⁷³ «Más allá del rechazo o desaprobación que pudieran suscitar en una sociedad democrática, los métodos pedagógicos basados en la introversión y el autoritarismo debemos mantener el derecho penal alejado de estos debates y evitarle la tentación de entrar de manera ligera, insegura y peligrosa en la perenne discusión sobre la idoneidad de los modelos educativos. La exigencia de taxatividad y certeza consustancial al derecho punitivo aconseja encomendar la corrección y el análisis de estas cuestiones de carácter general a especialistas de otras ramas incrementando la información y la educación de los sectores de población que pudieran verse negativamente afectados.» STS de 30 de octubre de 1994, FJ 2º, apartado 4.

¹⁷⁴ «Finalmente conviene añadir que es criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales, compartido por esta Sala, el de considerar que en aquellos supuestos en que los padres siguen esta modalidad educativa, siempre que se acredite debidamente y que no haya una situación de desamparo o riesgo social para el menor, no hay un incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad toda vez que el incumplimiento ha de ser grave, y sin perjuicio de la trascendencia civil de este tipo de conductas. Penalmente no puede equipararse la conducta de los padres que consienten el absentismo escolar de sus hijos, con la de aquellos progenitores que procuran una formación a través del método de educación en casa». SAP 178/2015, FJ 4º.

4. INFLUENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En lo que concierne al *homeschooling* y la actuación de los órganos supranacionales de garantía de los derechos humanos¹⁷⁵, debe señalarse que las dos decisiones existentes sobre el tema se refieren a Alemania y en sendos casos se tratan de decisiones administrativas de inadmisión de los recursos¹⁷⁶.

La labor desarrollada por la Comisión Europea y por el TEDH se basó en «la adecuación al Convenio de aquellas legislaciones nacionales que no prevén ninguna excepción a la escolarización obligatoria de los niños, cuando este deber entra en conflicto con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, las cuales prescribirían su educación en el hogar»¹⁷⁷.

En *Leuffen v. Alemania*, la Comisión Europea dictó Decisión de no admisibilidad de un recurso contra una sentencia del Tribunal Federal Alemán en que no se había reconocido el derecho a una madre de educar a su hijo en el hogar por cuestiones religiosas. La recurrente postulaba el reconocimiento de violación a los artículos 3, 6, 7, 8, 9, 13, 14 y 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y del artículo 2 del Protocolo Adicional 1 al CEDH¹⁷⁸.

La decisión que inadmitió el recurso interpreta el artículo 2 del Protocolo Adicional 1 bajo dos visiones. En primer lugar, según la Comisión, se debe recordar que los niños son los titulares del derecho a la educación en el modo en que se configure este derecho por los legisladores, que puede variar conforme el lugar, el tiempo y las necesidades de cada comunidad, incorporándose esta actividad al margen de apreciación de cada Estado. Así, cuando un Estado dispone que la escolarización es obligatoria, la

¹⁷⁵ Aquí se debe aclarar que los dos casos referidos fueron remitidos a órganos diferentes de garantías de los derechos humanos. El primer caso fue decidido por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, que se referirá desde ahora por Comisión Europea, y el segundo ya por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que será referido por TEDH.

¹⁷⁶ La primera decisión, dictada por la Comisión Europea, es la Decisión Administrativa nº 19844 de 9 de julio de 1992, conocido apenas por caso *Leuffen v. Alemania*. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1349>> (vista el 24/4/2016). La segunda es la Decisión de Inadmisión nº 35504 de 11 de septiembre de 2006, de la 5ª Sección del TEDH, conocido como el caso *Konrad v. Alemania*. <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76925>> (vista el 25/4/2016).

¹⁷⁷ Cfr. VÁZQUEZ ALONSO, V. J, "Home schooling y Constitución. Consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional", *Estudios de Deusto*, vol. 59, nº 1, enero-junio 2011, pg. 269.

¹⁷⁸ Aunque los argumentos fuesen múltiples, la principal alegación de la parte se refería a la violación del artículo 2 del Protocolo Adicional.

oposición a este sistema por parte de los padres generaría un conflicto de intereses respecto a los intereses de los niños que se resuelve a favor de estos últimos. El segundo razonamiento formulado por la Comisión Europea respecto al artículo 2 del Protocolo Adicional 1 se refiere a los roles de los padres en la educación de sus hijos y del Estado, cabiendo al Estado la búsqueda de la implantación de un sistema educativo basado en el pluralismo; lo que se alcanza naturalmente por la asociación entre los conceptos de educación y escolarización obligatorias¹⁷⁹.

El caso más reciente de enseñanza en casa ha sido el proceso conocido como el caso *Konrad v. Alemania*. Este caso tampoco fue admitido, ahora por el TEDH, en una decisión que enfrentó a un grupo de padres bajo los siguientes argumentos: existe un conflicto entre los derechos de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones y los derechos de los niños a ser educados en un sistema educativo oficial. Además, las convicciones de los padres, aunque legítimas, no pueden prevalecer sobre el derecho de sus hijos a acceder a un centro docente oficial.

El TEDH reconoció que la tensión entre los contenidos del derecho a la educación existente incluso en el artículo 2 del Protocolo Adicional se resuelve a favor de la escolarización obligatoria aunque la educación impartida por los padres fuera suficiente o mejor que la oficial en lo que se refiere a los contenidos, pues le faltaría el objetivo integrador¹⁸⁰, la necesaria adquisición de las competencias sociales que presupone inexistir en la enseñanza doméstica¹⁸¹.

El TEDH formula su doctrina respecto a los límites a las libertades de los padres al afirmar que la facultad atribuida a los padres para educar conforme a sus convicciones se concreta con la elección de uno de los centros docentes existentes, la creación de nuevos centros docentes o la educación de sus hijos directamente, conforme sus valores, en los períodos en que estén fuera del ambiente escolar. Resulta de estos límites la prohibición de la práctica de la enseñanza en casa en los países que no la contemplan

¹⁷⁹ Comisión Europea, Decisión Administrativa nº 19844 de 9 de julio de 1992, FJ 1.

¹⁸⁰ Según PARODY NAVARRO, «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». PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del *homeschooling* en España y la jurisprudencia europea", pg. 308.

¹⁸¹ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M, *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 232.

expresamente. Con ello evita, entiende el Tribunal, la creación de sociedades paralelas o el adoctrinamiento por las familias¹⁸².

En resumen, el TEDH viene a reiterar la doctrina de *Leuffen v. Alemania* al afirmar que a los Estados se reserva «un margen de apreciación para establecer excepciones en el caso de sistemas obligatorios, por lo que puede legítimamente decidir no hacerlo o bien instaurar controles para los casos en que sí lo permita»¹⁸³, pero es notoria su aproximación desconfiada al *homeschooling*.

III. POSIBLES ANCLAJES JURÍDICOS DEL *HOMESCHOOLING* EN AUSENCIA DE PREVISIÓN LEGAL

En España la cuestión no se encuentra suficientemente resuelta en los ámbitos legislativo y jurisprudencial¹⁸⁴, y los defensores del *homeschooling* han buscado espacio en el sistema español para la inserción de esta modalidad educativa. El gradual crecimiento del número de familias que educan a sus hijos en el hogar conlleva naturalmente el incremento de los riesgos de conflictos con las disposiciones legales y con las autoridades educativas¹⁸⁵.

En este contexto desfavorable es posible reconocer que la condescendencia de algunas autoridades educativas al permitir algunos supuestos del *homeschooling* no se

¹⁸² TEDH, Decisión de Inadmisión nº 35504, de 11 de septiembre de 2006, FJ 1.

¹⁸³ Cfr. MEIX CERECEDA, P., *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, pg. 83.

¹⁸⁴ CABO GONZÁLEZ afirma que el TEDH es ambivalente al «considerar que los derechos de los padres deben estar supeditados a la obligación del Estado de ofertar educación escolarizada a los menores y de procurarles una adecuada relación personal y social. Estima este Tribunal que la dimensión socializadora de la educación tiene aún más trascendencia, en el proceso de formación de los menores, que los aspectos pedagógicos y religiosos». CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 176.

¹⁸⁵ Al comentar una situación de conflicto entre una familia de *homeschoolers* y las autoridades educativas, MARTÍ SÁNCHEZ relata que «el inspector de educación de San Sebastián, tras reunirse con los padres, remitió un informe a la Fiscalía del Menor de San Sebastián. Ésta reconoce que "no ha quedado acreditado de forma clara que los menores puedan resultar gravemente perjudicados en un futuro en su formación educativa. Ni que tal perjuicio de existir se esté realizando de una forma dolosa por parte de sus padres. Más bien parece que estos, por diversas razones entre ellas algunas de tipo práctico, han decidido educar a sus hijos mediante un sistema de enseñanza no tradicional. Pero ello no implica automáticamente que estén dejando de cumplir los deberes inherentes a la patria potestad. Sino que los están ejerciendo de una forma no reglada. Por tanto entiendo que tal conducta no tiene encuadre en el artículo 226 de C.P. que es el precepto por el que en un principio se incoaron a estas diligencias de investigación. Y que lo procedente es acordar el archivo de estas diligencias"». MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 37.

traduce en seguridad jurídica. Por ello, y como medio de protegerse contra esta situación, se buscan argumentos favorables a su anclaje, mientras no se produzca un cambio en la legislación o en la jurisprudencia.

Serían varias las vías que desde la doctrina han intentado construir puertas de argumentación jurídica para la defensa del *homeschooling*: un derecho fundamental, el ejercicio de la objeción de conciencia, expresión de la patria potestad y aplicación del principio de proporcionalidad.

1. INTENTO DE CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Configurada como un servicio esencial para la sociedad y no como un servicio público en sentido estricto, la educación y más específicamente la educación básica es un instrumento para la integración y para el progreso social¹⁸⁶. Este instrumento de cohesión social genera inevitablemente, como hemos visto, una tensión entre el ejercicio de las libertades inherentes al proceso educativo y la obligación impuesta a todos de recibir determinados contenidos y acceder a ciertas competencias.

A esta realidad se añade otra circunstancia ya vista: que el artículo 27 CE no resuelve esta tensión, asumiendo una posición casi neutral respecto a estos límites y dejando al legislador ordinario la decisión política de inclinarse hacia una u otra posición. Esta dificultad experimentada para lograr el equilibrio en el texto constitucional pone de manifiesto la legitimidad de ambas posiciones, tanto de aquellas que reivindican más libertades para las familias como de las que defienden el protagonismo del Estado en la educación.

La defensa de la educación en casa como derecho fundamental arrancarían de una interpretación extensiva de la libertad de enseñanza prevista en la primera parte del artículo 27.1 CE. Asimismo, esta se puede considerar una «manifestación de esa facultad de la libertad de enseñanza que es el derecho de los padres a elegir cómo deben ser educados sus hijos, sin más indagación en causas, motivaciones o metodologías»¹⁸⁷

¹⁸⁶ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Políticas educativas y libertad escolar", en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación: encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Consejería de Educación, Madrid, 2003, pg. 85.

¹⁸⁷ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "*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", pg. 1501.

prevista en el artículo 27.3 CE. Por otra parte, podría suponer el desarrollo de la libertad de los padres para crear centros docentes de acuerdo con el artículo 27.6 CE.

Los que defienden la enseñanza en casa como derecho fundamental basado en la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE entienden que esta libertad se opone frontalmente al monopolio educativo del Estado y abogan por que el sistema educativo necesita reflejar el pluralismo que caracteriza las sociedades actuales, incluyendo la libertad de no educar en el sistema oficial. Incumbiría al Estado, en esta perspectiva, remover «los obstáculos para el ejercicio de los derechos y libertades públicas (artículo 9.2 CE), como el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones»¹⁸⁸.

Se añade a este argumento la consideración de que la práctica de la enseñanza en casa garantizaría con igual o mejor calidad el cumplimiento de la doble dimensión educativa, el desarrollo de la personalidad y la asimilación de los valores constitucionales, de modo que estaría el Estado pervirtiendo su función de garante si, en «vez de auxiliar a sus ciudadanos les pone obstáculos en el desarrollo de su personalidad»¹⁸⁹ a través de un modelo educativo cuya eficacia sea demostrada.

En esta línea se sitúa VALERO ESTARELLAS, que afirma que la práctica del *homeschooling* es una «manifestación del derecho que la Constitución reconoce a los padres de elegir la educación que desean para sus hijos»¹⁹⁰.

Otros autores que sostienen la tesis del derecho fundamental afirman que este derecho se origina de la facultad de elegir el tipo de educación que se deberá impartir a sus niños prevista en el artículo 27.3 CE. Este argumento supone el reconocimiento de la incidencia de las libertades religiosas del artículo 16 CE y de las normas de protección social de las familias presentes en el artículo 39 CE como límites a la actuación del Estado. Adoptar este argumento implica reconocer que el derecho de elección previsto en el artículo 27.3 CE no es un derecho instrumental puesto a servicio de la libertad de

¹⁸⁸ Cfr. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pgs. 86-87.

¹⁸⁹ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "*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", pg. 1506.

¹⁹⁰ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "*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", pg. 1500.

enseñanza, sino que se traduce en un auténtico derecho autónomo, cuya máxima traducción se expresa en la enseñanza en casa¹⁹¹.

Fue precisamente la ausencia de reconocimiento expreso de los límites del derecho de los padres para elegir el tipo de educación la que, según NICOLAS MUÑIZ, condujo al constituyente a insertar esta opción como derecho preferente conforme consta del artículo 26.3 DUDH¹⁹². Se discutiría si este derecho preferente de elección de los padres se restringe a la elección entre los modelos existentes o se incluye un derecho a configurar personalmente el tipo de educación.

El límite al ejercicio de este derecho a educar a los hijos conforme a las propias creencias residiría en la intervención estatal para impedir un daño o de defensa frente a «las conductas que impidan a los menores adquirir conocimientos de interés general o interfieran en el pleno desarrollo de su personalidad»¹⁹³.

Para GÓMEZ MONTORO el ejercicio de las libertades previstas en el artículo 27.3 CE incluye «el derecho de los padres a proporcionar la formación religiosa y moral por las vías que estimen pertinentes y que podrán estar al margen del sistema educativo»¹⁹⁴.

Finalmente, la viabilidad de la práctica del *homeschooling* también es defendida por aquellos que interpretan extensivamente el artículo 27.6 CE. Esta interpretación considera que el *homeschooling* sería un desarrollo del derecho fundamental de crear centros docentes. Parte de que la libertad integra el contenido esencial del derecho a la educación y que esta educación en la libertad alcanza su máxima realización cuando se acepta el derecho de los padres a establecer «un proyecto docente propio»¹⁹⁵.

¹⁹¹ Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pgs. 38-39.

¹⁹² Cfr. NICOLAS MUÑIZ, J., "Los derechos fundamentales en materia educativa en la constitución española", pg. 346.

¹⁹³ Cfr. SOUTO GALVÁN, B., *Educación y creencias: nuevas y viejas querellas sobre cuestiones educativas*, Dykinson, S. L., Madrid, 2012, pg. 39.

¹⁹⁴ Cfr. GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Concepto pluridimensional del derecho a la educación", pg. 113.

¹⁹⁵ Para MARTÍ SÁNCHEZ, las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre el tema de la educación en casa no llevaron en consideración este ámbito de las libertades de los padres. Así, en su interpretación, la enseñanza en casa podría ser considerada como la creación de un centro educativo en pequeña proporción, pero que se encarga de todos los contenidos previstos en la programación oficial. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 33.

Desde nuestro punto de vista, cualquiera de las posiciones adoptadas por los defensores de la enseñanza en casa como un derecho fundamental tomará como origen el reconocimiento de la preponderancia de la dimensión individual del derecho a la educación sobre el protagonismo estatal en la educación. Sostener el *homeschooling* como derecho fundamental significa reconocer que, en la labor de articular los contenidos de igualdad, libertad y pluralismo reconocidos en la Constitución, la definición del «papel que haya que corresponder a los poderes públicos y a los ciudadanos»¹⁹⁶, la decisión se inclinaría a favor de las libertades de los padres.

Esta posición ideológica de defensa de la preponderancia de las libertades individuales sobre los aspectos colectivos de la educación se reviste de otra característica: el pleno desarrollo de la personalidad del individuo sobre el interés colectivo de garantizar unas competencias educativas mínimas y de buscar una cohesión social en torno de valores socialmente aceptados, a través del control del Estado.

Sin embargo, frente a esta tesis se encuentra la interpretación mayoritaria que pone de relieve que el contenido de las libertades de los padres se limitaría a las expresamente previstas en el artículo 27 CE, a saber: creación y elección de un centro docente de acuerdo con las propias convicciones.

2. ARTICULACIÓN A TRAVÉS DEL INSTITUTO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

El segundo argumento que suele ser utilizado por los defensores del *homeschooling* es que su práctica se sostiene como una modalidad de objeción de conciencia¹⁹⁷ contra el deber legal de escolarización¹⁹⁸. Conviene recordar que precisamente en su origen el

¹⁹⁶ Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "Políticas educativas y libertad escolar", pg. 78.

¹⁹⁷ Son consideradas objeciones de conciencia la recusa al servicio militar por motivo de creencia, la no realización del aborto por médicos que integran el servicio público de sanidad por la consideración de la sacralidad de la vida humana, la no comercialización de sustancias abortivas o contraceptivas por algunos farmacéuticos para evitar conductas consideradas contrarias a sus códigos morales e incluso la recusa en recibir tratamiento médico por algunas comunidades religiosas como los testigos de Jehová.

¹⁹⁸ Respecto a la clasificación de la escolarización como un deber legal, véase ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pgs. 27-29.

homeschooling fue reconocido por las autoridades judiciales estadounidenses bajo el ejercicio de la objeción de conciencia¹⁹⁹.

Hemos visto anteriormente que el reconocimiento de la enseñanza básica como un deber constitucional (artículo 27.4 CE) y de la escolarización como un deber legal (artículo 9.2 LOE) prevé sanciones administrativas, civiles y penales ante la falta de escolarización de los niños.

Las objeciones de conciencia en materia educativa²⁰⁰ reflejan el conflicto entre las libertades de los padres, tomadas aquí como el conjunto de creencias, ideas y doctrinas y una obligación jurídica específica dirigida al cumplimiento de un interés público general de acceso a la educación²⁰¹.

Importa ahora definir para los fines de este trabajo qué concepto de objeción de conciencia se maneja. Sin olvidar las diferencias doctrinales²⁰² en la definición de objeción de conciencia²⁰³, entendemos aquí por objeción de conciencia la negativa de un individuo²⁰⁴ a someterse a una acción o practicar una conducta jurídicamente

¹⁹⁹ No se puede olvidar la decisión adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), considerado como *leading case* para los intentos de educar a los hijos en casa por cuestiones religiosas. En este proceso la Corte Suprema reconoció que la libertad de elegir el tipo de educación conforme a las convicciones religiosas de la familia es un verdadero límite al Poder del Estado y a su disposición que determinaba la escolarización obligatoria. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pgs. 140-143.

²⁰⁰ ASENSIO SÁNCHEZ reconoce que la enseñanza en casa solo puede ser aceptada en España como un «supuesto de objeción de conciencia al deber impuesto por la norma» pues la escolarización es un «deber impuesto por la norma». ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pg. 41.

²⁰¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., "Libertad y objeción de conciencia", *Persona y Derecho*, nº 54, 2006, pg. 265.

²⁰² La doctrina suele formular unas diferencias entre objeción de conciencia y desobediencia civil; entre objeción de conciencia y opción de conciencia. NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 1ª ed., IUSTEL, Madrid, 2011, pgs. 35-36. También se distingue en la doctrina la objeción de conciencia de la objeción de legalidad. RUANO ESPINA, L., "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 116. Estas distinciones no serán objeto de análisis en la presente investigación.

²⁰³ Apenas para ejemplificar, GOIRIA MONTOYA defiende que el *homeschooling* podría ser practicado como un supuesto de desobediencia civil. Según esta visión, que no se explorará aquí, «quienes educan en casa no piensan que su comportamiento sea algo ilícito, sino que consideran que es la ley española de desarrollo constitucional, la que carece de legitimidad». GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 395.

²⁰⁴ NAVARRO-VALLS indica que para parte de la doctrina existe una diferencia entre la conducta manifestada por uno individuo de aquella llevada a cabo por un grupo de personas, identificada como una «insumisión política al derecho dirigida a presionar sobre la mayoría para que esta adopte una cierta

determinada motivado por razones íntimas, que pueden ser morales, ideológicas, éticas o religiosas²⁰⁵.

La objeción de conciencia en materia educativa partiría de las libertades contenidas en el artículo 16 CE. Su reconocimiento dependería en todo caso de una interpretación que incluya las objeciones de conciencia en el contenido esencial reconocido en este artículo²⁰⁶, frente a una interpretación restrictiva que admite sólo las objeciones de conciencia expresamente descritas en el texto constitucional, como aquella prevista en el artículo 30.2 CE²⁰⁷.

La jurisprudencia constitucional se presenta, en lo que se refiere a una posible interpretación extensiva de este derecho fundamental previsto en el artículo 16.1 CE, con cierto grado de vacilación. En un primer momento el Tribunal Constitucional entendió que las objeciones de conciencia son un derecho fundamental deducido a partir de las libertades del artículo 16 CE²⁰⁸. Posteriormente el Tribunal ha cambiado de posición y ha señalado que sólo se podrían alegar las objeciones de conciencia previstas expresamente en la legislación²⁰⁹.

La dificultad para la obtención de una doctrina firme en materia de objeción de conciencia se evidenció en la STC 145/2015, cuando el Tribunal Constitucional volvió a la interpretación presente en la STC 53/1985 y reconoció que la recusa de un farmacéutico de Sevilla en dispensar la "píldora del día después" consistía en un supuesto de objeción de conciencia que:

«(...) forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE (LA LEY 2500/1978) y, como ha indicado este Tribunal en diversas

decisión legislativa». NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, pg. 35.

²⁰⁵ Cfr. RUANO ESPINA, L., "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", pg. 116.

²⁰⁶ Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Objeción de conciencia y educación para la ciudadanía", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, enero-junio 2009, pg. 212.

²⁰⁷ En lo que se refiere al reconocimiento explícito de la objeción de conciencia prevista en el artículo 30.2 CE, véase la STC 15/1982.

²⁰⁸ La STC (Pleno) 53, de 11 de abril de 1985 trataba del caso de la recusa de los médicos que integran el servicio público de sanidad en realizar el aborto consideraba que las objeciones de conciencia no se limitaban a los casos expresos previstos en la Constitución

²⁰⁹ Este entendimiento contrario al reconocimiento de objeciones de conciencia implícitas cambió con la STC (Pleno) 161, de 27 de octubre de 1987.

ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»²¹⁰.

A pesar de ser un tema abierto, esta interpretación contenida en la STC 145/2015 parece ser la más adecuada por reconocer que la libertad religiosa es un derecho fundamental complejo que admite una pluralidad de manifestaciones que se traducen en conductas positivas y negativas. En este contexto, la configuración de la objeción de conciencia como un derecho fundamental de libertad hace que naturalmente busque su desarrollo extensivo y este intento de manifestación máxima encuentra no raras veces una resistencia, un intento de limitación en otros derechos fundamentales o en preceptos normativos de orden público²¹¹.

Las objeciones de conciencia se formarían, en consecuencia, como resultado de la colisión entre la manifestación de las libertades, de las convicciones personales, ideológicas, morales o religiosas y otros derechos y deberes. En el caso del *homeschooling*, los padres que intentan educar a sus hijos en el hogar, dentro de este razonamiento, son concientes de la existencia de un deber general de escolarización²¹². Esta tesis trata de insertar argumentos ideológicos, filosóficos, morales, religiosos o incluso pedagógicos en un supuesto de objeción de conciencia, permitiendo la articulación de una objeción de conciencia en materia educativa.

Un primer grupo de argumentos a favor del *homeschooling* como objeción de conciencia considera la enseñanza en casa como manifestación de la libertad religiosa, moral o ideológica y asocian el derecho de elegir el tipo de formación religiosa y moral de los hijos previsto en el artículo 27.3 CE con la protección derivada de los tratados de derechos humanos, aplicables conforme el artículo 10.2 CE²¹³.

Otro grupo de argumentos utilizado para sostener el *homeschooling* como supuesto de objeción de conciencia se refiere a la aplicación de una interpretación extensiva de las libertades previstas en el artículo 16 CE. Esta interpretación se destina a insertar las

²¹⁰ STC (Pleno) 145, de 25 de junio de 2015, FJ 4.

²¹¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., "Libertad y objeción de conciencia", pg. 264.

²¹² MARTÍ SÁNCHEZ afirma que el *homeschooling* tiene un carácter de objeción de conciencia muy claro al enfrentarse los padres a un mandato de las autoridades civiles. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "Objeción de conciencia y escuela", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 15, octubre 2007, pg. 17.

²¹³ Así sostiene RUANO ESPINA, L., "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", pg. 112.

cuestiones pedagógicas entre los posibles casos de objeción al deber de escolarización. La fuerza argumentativa para la inclusión de las cuestiones pedagógicas entre las objeciones de conciencia sería la aplicación del artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a modo de criterio de interpretación extensiva del artículo 27.3 CE.

Según se extrae del artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales, los Estados se comprometen a respetar la libertad de creación de centros docentes «así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»²¹⁴. La novedosa introducción de las cuestiones pedagógicas entre las libertades educativas de los padres validaría su aplicación en un supuesto de objeción de conciencia. Si bien no se debe olvidar que el ámbito de aplicación de la Carta no es el mismo del Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹⁵, el reconocimiento por primera vez de cuestiones de naturaleza pedagógica en el ámbito de las libertades de los padres estaría a indicar que el artículo 27.3 CE admitiría igualmente una interpretación más amplia²¹⁶.

A pesar de los esfuerzos emprendidos por los que sostienen que el *homeschooling* como objeción de conciencia, no se puede olvidar que el Tribunal Constitucional respondió negativamente a la pretensión del reconocimiento de una interpretación extensiva de las libertades de los padres, al afirmar que los derechos previstos en el 27.3 CE se limitan a la elección de una escuela que mantenga la orientación conforme a las convicciones familiares, a la opción de crear un nuevo centro docente con las características ideológicas que consideren más adecuadas, o participar en la administración de un centro docente.

Por otra parte, para el Tribunal Constitucional, el grado máximo de manifestación de las libertades de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones se dará,

²¹⁴ Texto disponible en <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>> (vista el 2/5/2016).

²¹⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene un ámbito de aplicación restringido a la aplicación del derecho comunitario, como bien define su artículo 51.1.

²¹⁶ GOIRIA MONTOYA afirma que las objeciones de conciencia en cuestiones pedagógicas pueden estar asociadas al derecho de los padres de elegir el tipo de educación que esté conforme sus convicciones. GOIRIA MONTOYA, M, *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 340.

como ya hemos visto, en el suministro de los contenidos ideológicos, morales y religiosos en el período en que los hijos no estén en el centro escolar oficial. Esta interpretación confiere a las familias un papel relativo en la dirección de la formación moral de los niños.

Traemos meramente a colación la STC 133/2010, que formuló una interpretación restrictiva del artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al reconocer el respeto a las convicciones pedagógicas de los padres es una protección meramente instrumental que tiene razón de ser para la protección de la convicciones religiosas o ideológicas de los padres y no constituye un motivo autónomo²¹⁷.

Se añade a los argumentos anteriores el reconocimiento de la imposibilidad de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para regular la protección de los derechos de los ciudadanos ante el Estado una vez que su vigencia se restringe al derecho comunitario²¹⁸.

Sin olvidar el escenario restrictivo al homeschooling por el Tribunal Constitucional, una de las cuestiones que más va en contra su defensa como objeción de conciencia es la ausencia de proporcionalidad. Ello porque la esencia de la objeción de conciencia reside en una recusa excepcional a la sumisión a determinado contenido de la ley considerado atentatorio a su conjunto de creencias.

Negar por completo la escolarización por cuestiones de conciencia significaría reconocer que todos los contenidos impartidos en los centros docentes contravendrían las convicciones familiares, y esto, a nuestro juicio, es excesivo. Este es un supuesto de hecho de difícil o imposible demostración pues no se concibe que un programa educativo que acoja asignaturas elementares como matemáticas, castellano y geografía ofendan un sistema razonable de creencias.

²¹⁷ Cfr. STC 133/2010, FJ 6.

²¹⁸ Cfr. RUANO ESPINA, L., "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", pg. 126.

3. MANIFESTACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Un tercer tipo de argumento que ha sido utilizado para una posible justificación jurídica del *homeschooling* reivindica un protagonismo de la familia en todas las dimensiones del desarrollo de sus hijos, incluido el ámbito educativo²¹⁹ como expresión de las responsabilidades resultantes de la patria potestad.

Como suele darse en relación a algunos conceptos jurídicos, la Constitución no detalló los contornos esenciales de la patria potestad, limitándose a delinear en el apartado 3 del artículo 39 CE un repertorio más o menos indeterminado de los deberes inherentes a las relaciones paterno filiales²²⁰. El Código Civil, en sus artículos 154 y siguientes, desarrolla el contenido básico de las atribuciones de los padres, las situaciones de conflicto entre la voluntad de los padres, los intereses de los niños y la intervención del poder público.

Ahora bien, las transformaciones sociales han afectado al concepto tradicional de patria potestad, dejando de ocupar el *pater familias* una condición de casi propiedad para ejercer una función que pone el acento en los intereses de los hijos²²¹. En este panorama el Estado ejerce la función de garante de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones que los padres tienen ante los menores²²².

La legislación, al prescribir este conjunto de obligaciones de los padres (de mantener a los hijos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurar una formación

²¹⁹ De acuerdo con ESCRIVÁ IVARS, la responsabilidad educadora de la familia se circunscribe en tres dimensiones, el acompañar su desarrollo como ser, la socialización y la personalización ética, ocupando los padres la posición de primeros y principales educadores de sus hijos. ESCRIVÁ IVARS, J., "La importancia de la educación en familia para el desarrollo integral del menor", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 30-31.

²²⁰ Para MARTÍ SÁNCHEZ, el artículo 39.3 CE se limita a imponer «a los padres un deber de asistencia a favor de sus hijos menores», deber este que solo será concretado por el Código Civil. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pg. 22.

²²¹ La idea de la patria potestad como una función destinada a la realización de los derechos del niño es compartida por la doctrina, conforme CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "La reforma de la patria potestad", *Las reformas del Código Civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, pg. 43 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al Capítulo Primero del Título VI del Libro Primero del Código Civil: Disposiciones Generales", pg. 1044.

²²² Cfr. CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson S. L., Madrid, 2006, pg. 1003.

integral, tutelar sus bienes)²²³ considera a los menores como sujetos de derechos aunque carezcan de capacidad para obrar por sí mismos²²⁴. De ahí que todo el derecho otorgado a los padres en materia de defensa de los intereses de sus hijos «supone una doble vertiente de deber/derecho, teniendo en cuenta que el derecho se concede, exclusivamente, para facilitar el cumplimiento del deber»²²⁵.

En lo que se refiere específicamente a las relaciones entre la patria potestad y los derechos educativos de los hijos, se indaga «en qué medida la patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos no emancipados puede hacerse valer en aras de que sean los propios progenitores quienes decidan cómo y qué lugar llevar a cabo la educación»²²⁶, o mejor dicho, se podría el *homeschooling* ampararse en el ejercicio de la patria potestad.

Para quienes defienden esta tesis, la patria potestad presupondría un deber natural de procurar una formación educativa integral a los hijos, la elección del sistema pedagógico y la formación en valores sociales, éticos, morales y eventualmente religiosos. En otras palabras los deberes inherentes a la patria potestad se ejercerían en todos los momentos y conforme las convicciones familiares²²⁷.

Se podría añadir que la labor de procurar una formación educativa integral otorgaría a los padres «el derecho a impartir la educación a sus hijos como consideren más conveniente»²²⁸. Esta labor educativa en el hogar cumpliría suficientemente el mandato constitucional prescindiendo de los centros docentes.

Una de las cuestiones que se presentan en esta tensión entre la manifestación de la patria potestad y la acción protectora del Estado reside en la definición de quién será el

²²³ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 87.

²²⁴ Según ALÁEZ CORRAL, los cambios habidos en la Constitución con la introducción de los derechos de los menores condujeron al «reconocimiento a los menores de los derechos fundamentales genéricos de toda persona, superando con ello viejas etapas de desconocimiento de dichos derechos». ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pg. 71.

²²⁵ Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006, pg. 57.

²²⁶ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 89.

²²⁷ Cfr. RUANO ESPINA, L., "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", pg. 115.

²²⁸ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 90.

responsable de elegir el tipo de educación. En este sentido, el *homeschooling* estaría justificado por la preferencia natural de padres y subsidiaria del Estado. Los padres serían naturalmente los agentes más aptos para indicar, en el caso concreto, cuáles serían las decisiones que permitirían lograr el desarrollo máximo de la personalidad del menor.

Esta búsqueda por el desarrollo máximo de la personalidad en el seno de las familias encuentra oposición en el ejercicio de las funciones estatales en la defensa de los derechos de los menores: la primera, subsidiaria, pensada para los supuestos de violación de los derechos de los niños y otra, de garante, es decir, la asunción por el Estado de algunas funciones como la propia educación²²⁹.

Como es sabido los cambios sociales y culturales admitidos en las reformas del Código Civil en 1981 bien como referidos en el preámbulo de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), disminuyeron los poderes de los padres y reforzaron la posición de los poderes públicos bajo la justificación de garantizar el interés del menor.

Desde esta perspectiva el Estado deviene en garante de los derechos de los menores incluso contra un intento ilegítimo de la familia de optar por un modelo de educación. Educar en casa, en esta visión estatal, supondría un efectivo incumplimiento de las obligaciones paternas y un conflicto con los intereses de los menores.

Las dificultades para reconocer el *homeschooling* como ejercicio de la patria potestad residen en la delimitación del grado de participación de los padres y del Estado en las decisiones que interesan a los menores. La gradual disminución de los contenidos de la patria potestad demuestra que la familia enfrenta cada vez más dificultades para el ejercicio de sus funciones naturales, pasando a ser vista como elemento contrario a la libre determinación de los individuos, a su autonomía. Ocurre que el individuo en formación necesita la dirección suministrada de un modo insustituible por las familias; y esta formación de los individuos interesa sobremanera al Estado.

La dificultad para el reconocimiento de un derecho a educar en casa como desarrollo de la patria potestad está en disociar la ausencia de escolarización de una violación de derechos. Esta disociación de conceptos solo se alcanzará cuando el Estado

²²⁹ Cfr. VALLÉS RODRÍGUEZ, M., "Protección jurídica del menor", en *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, pgs. 317-318.

se desprenda de la desconfianza hacia el papel de las familias²³⁰. Mientras las instituciones no caminen en esta dirección, lo que parece ser la realidad española, la defensa del *homeschooling* solo se permitiría por medio de la invocación casuística del principio de proporcionalidad.

4. HOMESCHOOLING Y REGLA DE PROPORCIONALIDAD: UNA VÍA ABIERTA

El cuarto intento de anclaje del *homeschooling* en el actual marco normativo español intentará articularse a través del juego del principio de proporcionalidad²³¹. Los derechos fundamentales no son ilimitados y su ejercicio conlleva a la existencia de conflictos en los que se exige su adecuada delimitación²³². En la labor definidora de estos límites, el intérprete intenta encontrar soluciones lógicas²³³.

El principio de proporcionalidad permite el control de actos de cualquier naturaleza, leyes, decretos, reglamentos o incluso decisiones, siempre que incidan sobre los derechos fundamentales, para que la garantía del interés público no sacrifique de forma desproporcionada o irrazonable los derechos²³⁴.

Por ello las restricciones a los derechos fundamentales formuladas por el Estado, pueden aceptarse «en la medida en que ello sea estrictamente imprescindible para la protección de los intereses públicos a los que sirve la limitación correspondiente en el ámbito de la libre autodeterminación del individuo»²³⁵. En esa labor no se puede olvidar la importancia de «identificar correctamente los derechos y bienes jurídicos contrapuestos así como la finalidad de la medida legislativa aplicable para, a

²³⁰ Conforme el Informe 2008/2009 sobre las libertades educativas en el mundo, confeccionado por OIDEL, «La cuestión del *homeschooling* es un buen indicador de la confianza que otorga el Estado a los padres en el campo educativo, a ellos, quienes son los primeros responsables de la educación de sus hijos». FERNÁNDEZ, A., NORDMANN, J., PONCI, J., *Informe 2008-2009 sobre las libertades educativas en el mundo*, OIDEL, 2010, pg. 54.

²³¹ Respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad como herramienta de integración entre los derechos fundamentales, véase ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 31, nº 91, enero-abril 2011, pgs. 11-29.

²³² Según se puede ver en la STC 181/1990.

²³³ Ello porque los enunciados constitucionales son preceptos normativos caracterizados por una «relativa indeterminación». DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, pg. 98.

²³⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, pg. 112.

²³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pg. 25.

continuación, establecer la adecuación de los medio utilizados a los fines a que se pretenden»²³⁶.

Como es bien sabido, el principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El subprincipio de idoneidad, también reconocido como adecuación²³⁷, se puede conceptualizar como el ejercicio según lo cual «se deben excluir los medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado»²³⁸. La medida puesta a prueba debe ser reconocida como apta para satisfacer la necesidad deseada, sin confundirse con la mayor eficacia para él; basta que se reconozca la medida como instrumento válido²³⁹.

El subprincipio de necesidad, por su parte, permite indagar si las medidas que el legislador pretende adoptar son las menos restrictivas de los derechos fundamentales entre las otras igualmente eficaces²⁴⁰. En primer lugar se debe plantear cuáles son las medidas igualmente eficaces (idóneas) y enseguida se precisará si la medida aplicada es la menos restrictiva para atender al derecho objeto de análisis que las demás. Se considera que una medida respeta el subprincipio de necesidad cuando es la medida menos restrictiva, es decir, la que menos interfiera en los derechos en conflicto²⁴¹.

El tercer subprincipio es la proporcionalidad en sentido estricto, cuya esencia revela la necesidad de realizar un juicio de ponderación que atienda la siguiente regla: «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios,

²³⁶ Cfr. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 25. En este mismo sentido, de la necesaria y previa identificación de los bienes e intereses en disputa, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, pg. 121.

²³⁷ Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Barañáin, 2000, pg. 323.

²³⁸ Cfr. ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", pg. 13.

²³⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., "El principio constitucional de proporcionalidad en España", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., RUSCONI, M. (DIR), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pg. 263.

²⁴⁰ CIANCIARDO reconoce que el subprincipio de necesidad es «el más controvertido de los tres que forman la máxima de proporcionalidad». CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, pg. 338.

²⁴¹ Así se puede extraer de ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", pgs 14-15. En este mismo sentido, pero utilizando la expresión "medida más moderada", GONZÁLEZ BEILFUSS, M., "El principio constitucional de proporcionalidad en España", pg. 264.

tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro»²⁴². Podría decirse que «consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar»²⁴³. Como resultado, lo que intenta el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto es obtener un equilibrio entre la restricción o sacrificio de un derecho fundamental y los beneficios que advendrán al bien público²⁴⁴.

En lo que se refiere a la aplicación del principio de proporcionalidad a los supuestos de *homeschooling*, el Tribunal Constitucional en la STC 133/2010 se pronunció sobre si la imposición de la escolarización obligatoria presuponía una restricción desproporcionada de las libertades y derechos de los padres.

El Tribunal Constitucional se refirió al subprincipio de idoneidad como «adecuación» de la restricción del derecho para confirmar que la existencia de un sistema educativo obligatorio en el cual se garantiza la transmisión de unos contenidos programáticos mínimos y de los valores constitucionales socialmente compartidos es una medida adecuada para el cumplimiento del derecho a la educación²⁴⁵.

En el segundo momento el Tribunal Constitucional afirma que el deber de escolarización reúne tres elementos esenciales: la transmisión de conocimientos técnicos, la garantía del desarrollo de la persona y la formación de ciudadanos respetuosos. Para el Tribunal la educación en casa, insertada en el ordenamiento jurídico español y sometida a determinadas reglas de control por el Estado, constituiría «un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización», sin embargo, sería la escolarización obligatoria la medida que garantiza de modo «más eficaz» los elementos descritos arriba²⁴⁶.

En la tercera y última fase del test de proporcionalidad, el Tribunal pondera si la prohibición de educar en casa tiene más ventajas para el cumplimiento del derecho a la educación que su eventual liberación. Según el TC las restricciones que se imponen al

²⁴² Para ALEXY, la ponderación respecto a las posibilidades jurídicas es el tema de este subprincipio. ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", pg. 15.

²⁴³ Cfr. CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, pg. 346.

²⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, pg. 25.

²⁴⁵ La idoneidad de la escolarización obligatoria como herramienta para el cumplimiento del derecho a la educación fue reconocida incluso por los padres recurrentes. STC 133/2010, FJ 8a.

²⁴⁶ STC 133/2010, FJ 8b.

intento de los padres de educar a sus hijos en casa no serían demasiado graves ni desproporcionadas pues a ellos sería posible optar entre formar la prole en valores morales, ideológicos, éticos o religiosos en los periodos en que no estuviesen en los centros docentes oficiales, o podrían también ejercer la facultad prevista en el artículo 27.6 CE de crear un centro docente en el cual se les permitiría manifestar libremente sus convicciones²⁴⁷.

Por nuestra parte, en contraste con la posición del Tribunal Constitucional, entendemos que el razonamiento formulado sobre el subprincipio de necesidad admite matices. En efecto, el Tribunal se limita a formular un juicio utilitarista, poniendo la escolarización obligatoria como herramienta educativa más eficaz para alcanzar los fines de la educación que la enseñanza doméstica²⁴⁸, pero sin considerar el papel de otras opciones a la luz del subprincipio.

El Tribunal Constitucional no entra a si existen otras medidas menos restrictivas de las libertades de los padres que la imposición de la escolarización obligatoria, no respondiendo, a nuestro juicio, adecuadamente al test²⁴⁹. La conclusión dirigida a considerar la escolarización obligatoria como opción más eficaz para garantizar la educación, entendemos aquí, ignora el pluralismo educativo y parte de una posición a priori de confianza en el Estado y desconfianza en el papel de las familias en materia de educación²⁵⁰.

En lo que se refiere a la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la STC 133/2010 pone en relieve el fuerte contenido ideológico que circunda las discusiones sobre la educación y formula apriorísticamente la idea de que las familias que educan en el hogar son potencialmente vulneradoras de los derechos de

²⁴⁷ STC 133/2010, FJ 8c.

²⁴⁸ El análisis formulado por el TC sobre el subprincipio de necesidad introdujo otro contenido en el debate, existente en la hodierna doctrina constitucional, de identificar la finalidad de la medida objeto de control. En el caso concreto, esta medida objeto de control es la escolarización obligatoria. GONZÁLEZ BEILFUSS, M., "El principio constitucional de proporcionalidad en España", pg. 261.

²⁴⁹ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "*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", pg. 1505. En el mismo sentido, ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pg. 43.

²⁵⁰ Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "El *homeschooling* en el Derecho español", pgs. 34-35.

sus hijos. Para el Tribunal Constitucional, la labor educativa de los padres equivaldría a un déficit «en cuanto a inculcación de principios democráticos...»²⁵¹.

Aceptar la conclusión del Tribunal Constitucional de que los padres mantienen el derecho de elegir el tipo de educación que esté conforme a sus convicciones por medio de la elección de un centro docente, la creación de un nuevo, o que pueden influir en la formación de sus hijos en los periodos en que estén fuera de la escuela puede considerarse una afirmación lacónica ²⁵². Este razonamiento reconoce que la interpretación formulada por el Tribunal Constitucional sacrifica excesivamente las libertades familiares e «implica el vaciamiento del derecho o interés en juego»²⁵³

Se podría añadir a las críticas a la STC 133/2010 la ausencia de un análisis profundo de los reflejos concretos del principio del interés superior del niño. Así, el Tribunal Constitucional reconoce cierta preponderancia del Estado en lo que se refiere a la estructuración de un sistema igualitario e inclusivo. Sin embargo esta prevalencia debería ceder ante el interés de los menores de recibir una educación que les permita acceder al desarrollo integral²⁵⁴.

El reconocimiento de la prevalencia del derecho de los niños a recibir una educación escolarizada sobre los demás intereses en juego ²⁵⁵ demuestra una sobreponderación del papel del Estado en la formación de ciudadanos instruidos de acuerdo con un grupo de valores profesados colectivamente. La formación de un determinado perfil de ciudadanos por el Estado equivale al reconocimiento de que a él y no a los padres incumbe la definición del mejor interés de los niños²⁵⁶.

²⁵¹ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "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", pg. 1505.

²⁵² Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres" pg. 707.

²⁵³ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, pg. 112.

²⁵⁴ Cfr. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 137.

²⁵⁵ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 307.

²⁵⁶ En este sentido, VALERO HEREDIA extrae de la STC 133/2010 una particular interpretación en la cual la formación de los ciudadanos en los valores democráticos es un encargo que interesa más al Estado y a la sociedad que a la familia. VALERO HEREDIA, A., "Ideario educativo constitucional y 'homeschooling': a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, n° 94, enero-abril 2012, pg. 442.

Quizás la elección de un enfoque diverso del adoptado por el Tribunal Constitucional, partiendo no de los intereses del Estado o de los intereses de los padres, sino de los intereses de los niños, de los destinatarios finales de la educación, indique algunas salidas para la incorporación de la enseñanza en casa al sistema educativo español. Esta es la última cuestión que se aborda en el trabajo presente.

IV. HOMESCHOOLING E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: UNA MIRADA HACIA EL FUTURO

Este capítulo final tiene por objeto desarrollar una posible vía para el encaje jurídico del *homeschooling* en el actual marco legislativo español, que lo omite como hemos visto, dejando en situación de incertidumbre y desamparo a las familias y menores que, por diferentes razones, lo practican. Esta vía sería una aplicación del test de proporcionalidad. Con carácter previo, y brevemente, se incluye una referencia al concepto jurídico indeterminado «interés superior del niño», reconocido en los textos internacionales de Derechos Humanos. Seguidamente, se aborda su posible juego en relación con el *homeschooling* como técnica educativa. Para cerrar el trabajo, se propone un modelo regulatorio que, entendemos aquí, permitiría conciliar la función del Estado en materia educativa, las libertades de los padres y la mejor tutela de los intereses de los educandos²⁵⁷.

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El principio del interés superior del niño fue acuñado originariamente en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959²⁵⁸, y experimentó un desarrollo sensible

²⁵⁷ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, Á., "Garantías constitucionales de los derechos de los menores", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013, pg. 30.

²⁵⁸ El principio II de la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 establecía que «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño». Texto integral disponible en <<http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>> (vista el 28/4/2016).

con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños²⁵⁹. También está recogido en otros documentos internacionales de derechos²⁶⁰.

Su presencia en dichos documentos internacionales se caracteriza por un alto grado de abstracción²⁶¹: se limita a la indicación de un deber general dirigido a garantizar a los menores una protección especial, por ser personas en desarrollo. Esta protección debe encontrar su adecuada concreción en el Derecho de cada Estado.

En lo que se refiere a la aplicación de este principio, el artículo 39.4 CE incorporó la protección de los derechos e intereses de los menores a través de una cláusula de remisión expresa a las declaraciones internacionales de derechos que proyectan su eficacia en el ordenamiento jurídico español²⁶². Súmese a lo anterior, las referencias contenidas en la legislación ordinaria sobre las medidas de protección de los derechos de los menores²⁶³.

Podría ser definido el interés superior como un principio de protección que tiene por eje central la búsqueda del libre desarrollo de la personalidad del menor y la garantía de los derechos fundamentales de los niños en una posición real de dependencia y de superior indefensión respecto a los adultos²⁶⁴. Este principio impone un conjunto de deberes y conductas de protección que, sin embargo, no se encuentra totalmente

²⁵⁹ El concepto de interés superior del niño se aclaró con el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, de 20 de noviembre 1989, que preconizaba que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Texto integral disponible en <<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>> (vista el 4/5/2016).

²⁶⁰ Sobre la pluralidad de textos internacionales sobre los derechos de los niños y el acceso a la educación, véase GARCÍA MORIYÓN, F., *Derechos humanos y educación. Textos fundamentales. Textos complementarios*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1998.

²⁶¹ Para RAVETLAT BALLESTÉ, el interés superior es un concepto abierto y ambiguo, capaz de generar interpretaciones impredecibles. RAVETLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nº 2, pg. 91.

²⁶² En este sentido, véase GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs 247-248.

²⁶³ Respecto a las referencias de la legislación española al principio del interés superior del niño, tal como se da en el Código Civil y en la LOPJM, véase ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, pgs. 62-63.

²⁶⁴ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, Á., "Garantías constitucionales de los derechos de los menores", pgs. 30-31.

identificado. Asume así, podría decirse, la forma de un concepto jurídico indeterminado²⁶⁵.

En la difícil labor de apuntar en concreto cuáles son las decisiones a adoptar para que sea alcanzado el mejor interés, los terceros que intervienen en su favor, padres, Estado, un profesor, un Fiscal o un particular etc..., deben esforzarse por reconocer las vías adecuadas para el desarrollo de su personalidad.

Como quiera que la realización del interés superior del niño presencia, no pocas veces, colisiones entre los diversos intereses en juego²⁶⁶, será preciso identificar los roles principales y subsidiarios²⁶⁷ de cada actor teniendo en cuenta que «el criterio principal debe ser, sin duda, el interés superior del menor, sin olvidar que la determinación de éste corresponde *prima facie* a los padres»²⁶⁸.

En materia educativa el reconocimiento del interés superior del niño es aún más compleja. En concreto, la aplicación de un criterio casuístico de identificación de la mejor solución en cada caso obliga a considerar si el desarrollo de la personalidad del menor está siendo efectivamente perseguido por cada uno de los actores del proceso educativo o si determinado agente de la relación educativa busca tan solo sus propios intereses.

En el caso de los derechos educativos, y en particular del *homeschooling*, el juego del interés superior del niño ha de extraerse en un complejo equilibrio de intereses que pueden triangular en términos: el de los padres, de los menores y el papel del Estado.

²⁶⁵ Respecto al término "concepto jurídico indeterminado", véase GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, año 1996, n° 89, pgs. 69-89.

²⁶⁶ Cfr. HAMMARBERG, «When the authorities take decisions which affect children, their best interests should be a primary consideration. The implementation of this article is a basic challenge to States, in particular when the interests of the child clash with other priorities in society». HAMMARBERG, T., *A school for children with rights: the significance of the united nations convention on the rights of the children for modern education policy*, Innocenti Lectures, Florence, 1997, pg. 8.

²⁶⁷ Según afirma HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, el cumplimiento del interés superior del niño convierte el Estado en «responsable subsidiario de la satisfacción de los derechos del niño cuando los padres, tutores u otros responsables incumplan estos deberes». HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la convención sobre los derechos del niño". *Revista de Educación*, n° 294, enero-abril 1991, pg. 232.

²⁶⁸ Cfr. GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Concepto pluridimensional del derecho a la educación", pg. 106.

Por esta razón, la búsqueda de la realización del interés superior del niño en el campo educativo deberá centrarse en «el derecho del niño a recibir una instrucción que obedezca al desarrollo integral de su personalidad, en la que estén aseguradas una suficiencia de contenidos técnicos y una formación en valores democráticos que hagan de él un ser humano y un ciudadano pleno y autónomo»²⁶⁹.

Respetar el interés superior del niño en materia educativa, dentro de esta perspectiva, supone reconocer que no existe un concepto único, cerrado, de qué sea lo mejor para los menores, y que las situaciones fácticas pueden hacer que en determinados supuestos y con las debidas garantías, la mejor opción para la defensa del interés del menor sea su inserción en un centro docente homologado o recibir una formación familiar basada en unos estándares diferenciados. Es aquí donde vemos que puede aplicarse el principio de proporcionalidad²⁷⁰.

Este test permite ponderar el grado de importancia que se conferirá al derecho a recibir una formación integral dirigida al desarrollo personal, una enseñanza caracterizada por la transmisión de unos contenidos educativos esenciales, básica en el conocimiento y respeto de los principios democráticos de convivencia y de los derechos fundamentales y los derechos que se derivan de las facultades estatales y de la voluntad de los padres²⁷¹.

2. EN CONCRETO, LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR EN EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

El estado actual de la cuestión sugiere tres posibles panoramas para el futuro del *homeschooling* en España: el primero su aplicación en el actual marco normativo; el segundo, un cambio en la jurisprudencias; y el tercero consisten en su introducción en la legislación educativa.

²⁶⁹ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., "Homeschooling en Europa", pg. 294.

²⁷⁰ Cfr. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pg. 246.

²⁷¹ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pgs. 94-95.

Las siguientes líneas tratarán de enfrentar cada uno de los escenarios descritos, empezando por indicar las posibilidades de adecuación del *homeschooling* mientras no se apruebe un cambio legislativo²⁷². A continuación se propondrán cambios que podrían introducirse en la legislación para armonizar los intereses en colisión.

a) *Homeschooling* en el actual marco normativo:

En cuanto a la primera hipótesis, la continuidad del marco legislativo, hay que considerar que la STC 133/2010 no disminuyó el número de interesados en su práctica. Al contrario, los datos indican que existe un interés creciente en la misma. En la práctica se dan en España dos tipos de situaciones. Los padres que por la vía de hecho practican el *homeschooling* y esperan la acogida de esta práctica aguardan una eventual actuación de los órganos de protección de los derechos de los menores que les permita demostrar la ausencia de perjuicios a los derechos de sus hijos²⁷³. Esta opción cuenta con que algunos órganos administrativos toleran la enseñanza en casa. Pero es una opción de mala seguridad.

Otro segundo escenario de defensa práctica del *homeschooling* es la adopción por los padres de una postura de total transparencia y colaboración con las autoridades educativas. Los padres dan a conocer a los centros docentes a los que sus hijos están vinculados su intención de educarlos en casa, aduciendo los motivos, los planes para el desarrollo de las capacidades del niño e incluso, proponiendo una estrategia de cooperación con los centros docentes para que los niños participen de algunas actividades²⁷⁴.

Quienes siguen esta vía, no tienen garantizada la aceptación de la elección familiar, sin embargo demuestran de entrada el interés en colaborar con las autoridades educativas, decisiva en la viabilidad de la aceptación de esta fórmula educativa. Sin embargo, el eventual rechazo de la administración educativa colocaría a los padres ante la Administración de la Justicia.

²⁷² Esta es la cuestión formulada en REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pg. 167.

²⁷³ Como ocurre en los días actuales, esta no es una solución propiamente dicha pues somete a las familias a una situación de constante inseguridad, tanto en lo que se refiere a su convivencia cuanto a las titulaciones de los estudios.

²⁷⁴ Cfr. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pgs. 167-169.

b) *Homeschooling* ante el Poder Judicial:

En este sentido y considerando la necesidad de los padres adelantarse a una eventual intervención judicial iniciada por los órganos de protección, se abriría la posibilidad de dar conocimiento pleno de sus planes e intenciones al Poder Judicial a través de los procedimientos de jurisdicción voluntaria²⁷⁵, solicitando que se aplique en el caso concreto el interés superior de niño en un supuesto de proporcionalidad.

Es de suponer que la llegada de nuevos casos similares al Poder Judicial obligaría que este se pronuncie sobre si el interés superior del menor lo justifica²⁷⁶. Es innegable que la judicialización del *homeschooling* generaría disparidad de soluciones y apreciaciones, no solo *ad causum*, sino en relación con la aceptación o no de la fórmula de la enseñanza en casa.

Completando lo anterior, ante un modelo legislativo de escolarización obligatoria se indaga si existe un interés del menor en verse educado en el hogar, y, en caso positivo, si este interés puede hacer ceder al deber de escolarización obligatoria.

Se defiende aquí que debería buscarse en cada caso poniendo en primer lugar el interés del menor a recibir una educación plena, capaz de formar la conciencia y personalidad. En nuestra visión, la aplicación del interés superior del niño al test de proporcionalidad significa mensurar se la enseñanza en casa es capaz de atender los

²⁷⁵ Respecto a la posibilidad de utilización de los procedimientos de jurisdicción voluntaria para la defensa de la enseñanza en casa, véase GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 331-337 y ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, pgs. 331-336.

²⁷⁶ Cfr. CAMPOY CERVERA, «por un lado, está el interés de los poderes públicos, del poder político, en formar a un ciudadano que asuma los valores que es poder considera más adecuados para el buen funcionamiento del tipo de sociedad que se considera mejor; por otro lado, está el interés de los padres del niño que ha de ser educado, que, normalmente, tienden a considerar que la educación ha de formar al niño con los valores y el desarrollo de las capacidades que ellos mismos consideran más adecuadas, de manera que el niño pueda llegar a ser el adulto que ellos consideran como el mejor posible; y, finalmente, está el interés de los propios niños, que - aunque esto suponga adoptar ya una toma de posición en tanto e cuanto no siempre ha sido entendido así - son individuos independientes a los que se les ha de reconocer también una libertad moral propia, presente o futura, esa capacidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, ya durante su infancia y también cuando adquiera determinadas capacidades con la madurez». CAMPOY CERVERA, I., "La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos", en CAMPOY CERVERA, I., (ed.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson S. L., Madrid, 2007, pg. 158.

finés esenciales de la educación, la transmisión de conocimientos, la formación del individuo en los valores democráticos y la garantizar la socialización²⁷⁷.

i) El subprincipio de idoneidad:

La aplicación del primer subprincipio de proporcionalidad, la idoneidad, deberá considerar si ambas las medidas discutidas, la escolarización obligatoria y la enseñanza en casa, son individualmente idóneas para la realización de los fines constitucionales de la educación previstos en el artículo 27.2 CE.

Se propone aquí una vía de razonamiento diferente a la seguida por el Tribunal Constitucional en la STC 133/2010 en relación con el subprincipio de idoneidad²⁷⁸. En relación con este subprincipio, el planteamiento del TC parte de la dimensión de la socialización de los menores y la inculcación de valores en el contexto de una sociedad plural. Para el TC, esta dimensión de la educación quedaría frustrada con la práctica del *homeschooling*. Por ello, el subprincipio de idoneidad sería un filtro insuperable para la práctica de la enseñanza en casa.

Según se extrae de estas críticas, la socialización del alumnado suele ocurrir naturalmente mientras se encuentre en la comunidad escolar. En el centro docente el niño mantiene múltiples relaciones personales con los demás alumnos, con los profesores, con los padres de sus colegas, con los funcionarios y otras personas.

Sin embargo, aunque se reconozca que la escolarización sea una herramienta ordinaria para la socialización, no se puede afirmar que dependa exclusivamente de las relaciones mantenidas dentro del ambiente escolar, o, mejor dicho, que la socialización no se pueda obtener fuera del ambiente escolar. Ello porque el concepto de socialización, por su amplitud, contempla también las relaciones entre el niño y otros niños, las relaciones con adultos, ancianos, personas con discapacidad, en todos los ámbitos de su vida y en todos los ambientes en que esté. Ciertamente, junto a la escuela, los espacios de ocio, de relación con los demás, son también espacios de socialización.

²⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ GUITIÁN, debe entenderse por interés superior de menor en el ámbito de la educación, «el derecho de los menores a recibir una educación que tenga por objeto su pleno desarrollo intelectual y moral». RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "El homeschooling a debate: una hipótesis de responsabilidad paterna", pg. 130.

²⁷⁸ Conforme ya hemos visto, el Tribunal Constitucional ha analizado la idoneidad de la escolarización obligatoria en la STC 133/2010, FJ 8a.

La socialización de los menores, aunque ocurra de modo intenso en el ambiente escolar, no es exclusiva de las escuelas. La enseñanza doméstica no impide, al menos en abstracto, que los niños sean adecuadamente insertados en la vida social²⁷⁹.

En este sentido, GIMENO SACRISTAN señala que existen cada vez más ambientes y estructuras donde «se divulgan otras maneras de representar el mundo, se globalizan significados, se difunden valores, surgen nuevas formas de insertar a los seres humanos en el mundo de la información y de la imagen»²⁸⁰.

En lo que se refiere a la supuesta incapacidad de las familias en inculcar los valores de una sociedad plural, es posible reconocer que la dimensión del desarrollo personal, que ESCRIVÁ IVARS conceptúa como personalización ética, se adquiere no sólo en el ambiente escolar y la familia ha de ser la célula principal de su transmisión²⁸¹. La formación del individuo en valores no equivale a la formación de una identidad moral y ética única, sino la comprensión de los valores éticos, morales y religiosos compartidos por determinado conjunto de personas, y que esté conforme los valores esenciales de la sociedad²⁸².

No se ignora que el sistema educativo tradicional es el medio ordinario para que el mayor número de personas puedan acceder a un desarrollo de la personalidad, pero esta afirmación no niega la capacidad del *homeschooling* de procurar el desarrollo integral de la

²⁷⁹ En su completa investigación sobre el *homeschooling* en España, tras realizar una amplia labor estadística, CABO GONZÁLEZ destacó que «a la vista de los resultados obtenidos, se puede afirmar que la socialización de los menores educados en casa, entendida ésta como relación internares, no difiere teóricamente de la que se produce en el régimen de escolarización». CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, pg. 238.

²⁸⁰ Cfr. GIMENO SACRISTÁN, J., *La educación obligatoria: sus sentido educativo y social*, pg. 52.

²⁸¹ Según ESCRIVÁ IVARS, la personalización ética comprende la descubierta del significado moral de la persona, sus comportamientos, actitudes, relaciones con los demás. Esta dimensión educativa exige la educación en de valores y virtudes humanas. ESCRIVÁ IVARS, J., "La importancia de la educación en familia para el desarrollo integral del menor", pg. 30.

²⁸² En este sentido, BRIONES MARTÍNEZ afirma que «la integración en una sociedad plural no equivale a crear una cultura común. Imponer un modelo estándar educativo de convivencia en la escuela contribuye a favorecer el entendimiento de la pluralidad, pero no protege las opciones minoritarias de las familias por razones de índole cultural, de ideología o de carácter religioso». BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad educativa y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 88.

personalidad del niño²⁸³. Por lo anterior, a nuestro juicio no debería, a priori, negarse la idoneidad al *homeschooling*.

ii) El subprincipio de necesidad:

En esta fase del test la cuestión se centra en si es posible atender las dimensiones de la educación previstas en la Constitución por medio de medidas menos restrictivas que la simple prohibición de la práctica del *homeschooling*²⁸⁴.

El Tribunal Constitucional reconoció en la STC 133/2010²⁸⁵ que la enseñanza obligatoria es más eficiente para cumplir los fines de la educación. El grado de eficiencia en el cumplimiento de los fines de la educación no está en discusión en esta fase del test porque la mayor eficacia para cumplir determinado fin previsto en la Constitución no es la respuesta que el subprincipio de necesidad busca contestar.

La medida prohibitiva debe ser considerada necesaria solo si no es posible adoptar otra menos restrictiva para alcanzarse determinado fin o satisfacer un derecho. Así sería necesaria la prohibición del *homeschooling* si no existiera alternativa para garantizar la realización del derecho a la educación por esta vía. En la elección entre prohibir su práctica y regularla estrictamente, se podría considerar como medida que afecta en menor grado las libertades de los padres la creación de un conjunto de medidas de control estatal mediante la regulación del *homeschooling*²⁸⁶.

²⁸³ Al reconocer la preponderancia del sistema educativo tradicional sobre la enseñanza doméstica, ARA PINILLA afirma que el primer modelo promueve la socialización en un nivel más elevado que la enseñanza en el hogar, tal y como se ha reconocido en la STC 133/2010. ARA PINILLA, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Dykinson S. L., Madrid, 2013, pg. 308.

²⁸⁴ REDONDO se refiere al subprincipio de necesidad con la expresión indispensabilidad una vez que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional le aplica con diferentes matices. Reconoce que el concepto de necesidad es tratado como medida restrictiva estrictamente indispensable para la realización de un bien o derecho en las SSTC 21/1981, 66/1991, 178/1985 y 120/1990. Ya en las SSTC 178/1989 y 66/1995 el Tribunal afirma que la necesidad reside en que no exista otra medida más moderada para la alcanzar el propósito pretendido con la restricción con igual eficacia, o, en otras palabras, que no existe alternativa menos gravosa para satisfacer los intereses en conflicto. REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, pgs. 163-164.

²⁸⁵ «...una finalidad que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana...». STC 133/2010, FJ 8b.

²⁸⁶ BERNAL PULIDO se refiere al subprincipio de necesidad, habla de la búsqueda por el medio que «interviene en un menor grado en el derecho fundamental afectado». BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pg. 748.

Las experiencias del derecho comparado son unísonas en reconocer que es posible al Estado regular la práctica de la enseñanza doméstica y al mismo tiempo garantizar el ejercicio de las funciones estatales de fiscalización, la regulación de la educación y buscar el desarrollo educativo de los menores. Con ello interfiere en las libertades evitando la prohibición y se garantizan los intereses en juego²⁸⁷.

Por esta razón la prohibición abstracta, genérica, de esta vía educativa no supera la segunda fase del test de proporcionalidad.

iii) el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto:

Finalmente se llega al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí se verificará si la prohibición de la práctica del homeschooling es ponderada. El reconocimiento de la escolarización obligatoria exige la ponderación entre los beneficios generados al derecho a la educación y los sacrificios impuestos a los derechos educativos de los niños y las libertades de los padres.

La ponderación que aquí se propone no coincide con la realizada en la STC 133/2010. En aquella ocasión el Tribunal confrontó el interés general de implantar un sistema educativo bajo la idea de la escolarización obligatoria con las libertades educativas de los padres (enseñanza y derecho de elección del tipo de educación moral o religiosa), otorgando el Tribunal Constitucional mayor importancia (peso) a la institución de un sistema educativo homogéneo, destinado a la transmisión de los contenidos y la formación de la personalidad del futuro ciudadano.

Conforme hemos visto anteriormente, el Tribunal Constitucional ha perdido la oportunidad de indicar la magnitud de cada uno de los intereses en juego, abstracta y concretamente. Ello porque, en su razonamiento se limitó a afirmar que:

²⁸⁷ En lo que se refiere a libertad educativa « en cuanto actividad humana, se predica su carácter esencialmente libre», carácter este que «supone que todas las limitaciones a la libertad de enseñanza, en cualquiera de sus manifestaciones, deben estar suficientemente justificadas en aras a un interés superior que se pretenda salvaguardar, y que se identifica con la protección de la persona y dignidad de los sujetos integrantes de la comunidad escolar, fundamentalmente el menor como sujeto principal de la acción educativa». ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", pgs. 41-42.

«Pero, sobre todo - y ésta es la tercera de las razones señaladas -, debemos excluir que la restricción de este último derecho resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes»²⁸⁸.

Ahora bien, en nuestra propuesta se reconoce que en la labor de otorgar abstractamente los pesos de cada uno de los intereses en disputa, el deber de escolarización prepondera sobre la posibilidad de las familias acceder al *homeschooling*. La escolarización obligatoria, como herramienta destinada a garantizar la educación para todos, goza de precedencia sobre la manifestación de las libertades educativas típica del *homeschooling*.

En todo caso, la ponderación operará en un plano casuístico, como se ha destacado anteriormente. De ahí que la definición concreta de la magnitud de los derechos fundamentales en juego admitiría el reconocimiento de algunos casos en que la escolarización obligatoria podría no ser la medida que mejor atienda las necesidades educativas de los menores. En esta visión el derecho a la educación podría ser igualmente alcanzado por las familias, o incluso llevado a estándares más elevados.

Esta afirmación nos conduce a la siguiente cuestión. Existirán situaciones de hecho en las cuales la imposición de la escolarización obligatoria no garantizará el cumplimiento del mejor interés del niño en materia educativa. Para ejemplificar, se podría identificar las situaciones de *bullying* en las cuales determinado niño ya ha sido transferido de escuela para escuela pero continúa con graves dificultades para llevar con normalidad la vida escolar; casos de familias que constantemente necesitan cambiar de domicilio y no superan el cambio continuado de centros docentes; incluso los niños que demuestran altas habilidades. En estos casos y en muchos otros, el Tribunal Constitucional podría haber reconocido la falta de proporcionalidad de la prohibición.

Sería razonable aceptar que la decisión de educar los hijos en casa adoptada por los representantes legales gozaría de una presunción relativa de búsqueda de los intereses y derechos del niño. Igualmente se reconoce que las familias son la célula social que puede atender al mejor interés de los niños. Sin embargo, no se puede olvidar la dimensión social del derecho a la educación. Esta importancia individual y social de la

²⁸⁸ STC 133/2020, FJ 8c.

educación hace que la labor educativa necesite ser fiscalizada minuciosamente por el Estado.

La preponderancia abstracta de la escolarización obligatoria sobre el intento de educar a los hijos en casa exige que los padres interesados en el *homeschooling* deban demostrar exhaustivamente la existencia de motivos suficientes para el cambio del sistema educativo. También deberían demostrar al Estado la reunión de las condiciones para atender a cada una de las dimensiones educativas, formación, socialización y educación en valores. La ponderación podría resolverse a favor del *homeschooling*.

En todo caso, la ponderación llevada a cabo por la autoridad judicial para definir los límites de los derechos fundamentales e intereses en colisión debe regirse «por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad - una sociedad pluralista: art. 1.1 C.E.»²⁸⁹ En su labor de apreciación de los límites de los derechos fundamentales, entendemos que el juez debe considerar prioritariamente el interés superior del niño²⁹⁰. Este es el argumento principal de estas páginas y el punto en el que la divergencia del planteamiento ideológico del Tribunal Constitucional es notoria.

La prohibición, de entrada, de una fórmula educativa que en determinados supuestos podría ser la más adecuada a la defensa del interés superior del niño podría resultar indirectamente a los derechos de los menores.

Una ponderación dirigida a la preservación del interés superior del niño conduciría a la acogida de diferentes modalidades educativas la más amplia posible para lograr la calidad educativa²⁹¹ ajustada a las circunstancias y necesidades del menor. Así que la prohibición genérica al *homeschooling* no genera un equilibrio ponderado entre el sacrificio que se exige a los niños que desearían ser educados en el hogar con los beneficios creados al interés público de extender a todos la educación.

²⁸⁹ Según RIVERO HERNÁNDEZ, en la labor de ponderar el interés superior del niño, deberá el juez, «hasta donde sea posible», apartarse de sus convicciones personales para identificar las medidas que reflejan los principios y valores constitucionales. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, pg. 239.

²⁹⁰ Las SSTC 141/2000 y 124/2002 reconocen la necesidad de que todas las instituciones, público o privadas, las autoridades administrativas e incluso los tribunales de se realizar una ponderación que atienda preferentemente al interés superior del niño.

²⁹¹ Cfr. BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad educativa y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", pg. 88.

3. UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN

Dicho lo anterior, a pesar de las dificultades ideológicas para que la legislación educativa reconozca el *homeschooling* como herramienta educativa, se presenta una propuesta dirigida a armonizar los intereses de los diversos actores en la educación en torno del interés superior del niño²⁹². Esta propuesta considera el ejercicio de la función reguladora de la educación.

La inserción de mecanismos de control para el ejercicio de la enseñanza en casa puede considerarse una respuesta eficaz a una «preocupación razonable y legítima del Estado por asegurar un mínimo de eficacia en cuanto a los contenidos de la educación y también (...) de evitar que esa posibilidad sea aprovechada (...) para adoctrinar a los menores»²⁹³.

La regulación del *homeschooling* es beneficiosa para la sociedad y para el sistema educativo. Por un lado impediría la manifestación de posturas extremas de algunas pocas familias²⁹⁴. También prevendría un posible uso del *homeschooling* por familias que no están preocupadas en lograr el máximo desarrollo de las personalidades de sus hijos, como por ejemplo un ambiente familiar que propaga la segregación racial o la propaganda nazista²⁹⁵. Finalmente permitiría la identificación de casos en los que las familias no estén preparadas para atender la educación en fórmula de *homeschooling*²⁹⁶.

²⁹² Cfr. CABALLERO SÁNCHEZ, una eventual inserción del *homeschooling* en el sistema educativo debería darse «como un régimen educativo excepcional y no general». CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 97.

²⁹³ Cfr. NAVARRO-VALLS, R./ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 1ª ed., IUSTEL, Madrid, 2011, pg. 260.

²⁹⁴ Según LÓPEZ SÁNCHEZ la regulación del *homeschooling* no atiende al interés de todos los grupos de padres, existiendo un considerable contingente de personas que aboga la libertad total de enseñanza. Una regulación para la materia prevendrá incluso contra el intento de estas familias de negar la fiscalización estatal sobre la enseñanza que imparten. LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del *homeschooling*", pg. 110. Por otro lado, grupos de estudiosos, reunidos en el II Congreso Nacional sobre *Homeschooling*, en la Universidad de Navarra, el 2012, defendieron su urgente incorporación al sistema educativo, lo que pone en relieve la importancia del tema. <<http://homeschoolingcatolicohispano.blogspot.com.es/2011/12/conclusiones-del-congreso-en-la.html>> (vista el 19/5/2016).

²⁹⁵ «Cierto es que cabe siempre la hipótesis de una familia que aproveche la vía abierta por la educación en el hogar para, sencillamente, suprimir la educación del menor a su cargo, hipótesis que, no por infrecuente y difícil de imaginar en un contexto de mínima responsabilidad de los padres con respecto al futuro de sus hijos, debiera dejar de ser tomada en consideración. De ahí que, en general, se condicione en los países que la contemplan la aceptación legal de la educación en el hogar al cumplimiento de determinadas exigencias de calidad de la educación recibida, estableciéndose un sistema de controles de la acción

Acorde con la posición adoptada por LÓPEZ SÁNCHEZ que defiende la implantación de un modelo legal minucioso, como lo que se ha implantado en Francia, la inserción del *homeschooling* en el sistema educativo formal resultaría una salida positiva para familias hoy en la ilegalidad y permitiría al Estado integrarlos a su política de regulación y fiscalización. En consecuencia, la integración del *homeschooling* en el sistema educativo oficial permitiría la validación de los estudios llevados a cabo por las familias dentro de ciertos estándares y la posibilidad de que el intento de procurarles una educación de excelencia se vea confirmada por el Estado²⁹⁷.

Llegados a este punto, la introducción de un cambio en la legislación con la finalidad de introducir la enseñanza en casa en el sistema educativo español debería partir de presupuesto de que se trata de una alternativa al sistema tradicional²⁹⁸.

La tipificación del *homeschooling* como una alternativa educativa y no como una cuarta vía que se presenta para la libre elección de los padres²⁹⁹, al lado de la escuela pública, privada o concertada, se debe al reconocimiento de que el acceso a este tipo de educación no es un derecho fundamental, sino un reconocimiento por el Estado de que algunas familias alcanzarán ciertos estándares mínimos establecidos en ley como suficientes para garantizar unos niveles educativos iguales o superiores a aquellos proporcionados por el Estado y que estarían justificadas atendiendo a las circunstancias del caso.

educativa de la familia, y en su caso del aprovechamiento de la misma por el menor». ARA PINILLA, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, pgs. 295-296.

²⁹⁶ Cfr. CANALDA GONZÁLEZ, A., "La protección del menor y la educación en familia", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pg. 25.

²⁹⁷ Cfr. VALERO ESTARELLAS, M. J., *Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres*", pg. 709.

²⁹⁸ El deseo de ver el *homeschooling* integrado al sistema educativo español es manifestado, por ejemplo, por la Asociación para la Libre Educación (ALE), que propuso una serie de cambios legislativos que incluyen la financiación pública a las familias que eligieren este modelo educativo y la adopción de criterios claros para diferenciar la enseñanza en casa del absentismo escolar. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, pgs. 425-427.

²⁹⁹ VALERO ESTARELLAS defiende expresamente la enseñanza en casa como una vía a más del sistema educativo español cuya regulación deberá establecer las condiciones de admisión y «siempre sometida a determinados controles pedagógicos y sociales». VALERO ESTARELLAS, M. J. "Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres", pg. 708.

La propuesta que aquí se defiende requiere la atención a las medidas de control que se aplicarían antes del inicio del proceso educativo en el hogar mientras que el segundo sería simultáneo al proceso de aprendizaje.

a) Medidas de control previas: este grupo de medidas, a su vez, integraría cuatro exigencias:

a.1) Primera exigencia - indicación de los motivos: en el primer nivel de control cada una de las familias interesadas en educar a sus hijos en el hogar deberá presentar ante la autoridad educativa local ³⁰⁰ su intento indicando detalladamente los motivos según los cuales prescinden del sistema educativo oficial.

En este punto conviene subrayar que el modelo que aboga para la enseñanza en casa en España parte de una interpretación más extensiva de las libertades paternas, donde se concluye que los motivos expresados en la primera parte de esta investigación, pedagógicos, morales, ideológicos, religiosos, de salud, etc., podrán ser presentados al Estado para los fines de la obtención de la respectiva autorización.

Esta exigencia reúne dos finalidades muy claras. Por un lado permitirá al Estado conocer los motivos alegados por las familias para acceder a la educación alternativa y fiscalizar si el modelo implantado en el hogar guarda relación con las razones presentadas. La otra finalidad se refiere a la propia estructuración del sistema educativo, pues al recibir la solicitud con la indicación de los motivos para la desescolarización, podrá (y deberá) el sistema educativo identificar sus debilidades³⁰¹.

En concreto, si una familia se dirige a la autoridad educativa y propone una educación doméstica basada en argumentos religiosos, el Estado podrá constatar se estos propósitos están siendo perseguidos, además de las demás competencias, o se el homeschooling es utilizado como mero instrumento de absentismo escolar o adoctrinamiento.

a.2) Segunda exigencia - programas educativos: los padres deberán exhibir a las autoridades educativas los programas de formación de los niños. La importancia de la

³⁰⁰ El ejercicio de la función supervisora de la educación por el Estado justifica que los padres se sometan a un procedimiento de previa inscripción. RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: una hipótesis de responsabilidad paterna?", pg 126.

³⁰¹ El análisis de este conjunto de informaciones sobre las debilidades del sistema educativo está conforme las finalidades de la LOMCE.

exhibición de la programación formativa reside en la necesidad de las familias cumplir en este momento, al menos formalmente, la doble dimensión educativa, es decir, la transmisión de los conocimientos mínimos exigidos por el sistema y el desarrollo de la personalidad.

a.3) Tercera exigencia - capacidad de los educadores: en este nivel de control las familias demostrarán que la persona encargada de la instrucción de los niños posee la calificación necesaria para la transmisión de los contenidos y de los demás valores exigidos por la Constitución. Ocupándose los padres personalmente de la transmisión de los contenidos, contratando terceros para esta labor, o reuniéndose en un colectivo para facilitar el proceso, es esencial que el educador tenga una formación adecuada para la docencia, cuyos requisitos mínimos serán fijados por la autoridad educativa³⁰².

a.4) Cuarta exigencia - adecuación de los espacios educativos: se refiere al espacio donde se desarrollará el aprendizaje³⁰³.

b) Medidas de fiscalización: a estos efectos, la Administración ejercerá la función de fiscalización sobre la calidad y la adecuación de la enseñanza impartida en el hogar. Aquí se sugieren dos exigencias más.

b.1) Quinta exigencia: aquí se buscará la correcta transmisión de los contenidos y el desarrollo integral del menor a través del cumplimiento de los programas educativos aprobados y de la evaluación del desarrollo de las competencias sociales, la incorporación de los valores fundamentales y el desarrollo de la personalidad. Esta tarea podría ser asumida por los órganos que integran el sistema educativo y por los órganos de asistencia social³⁰⁴. Ordinariamente estas exigencias podrían realizarse, como se hace en el ámbito comparado, por medio de visitas pedagógicas o sociales, programadas o no.

³⁰² En este sentido, «el aprendizaje del niño escolarizado en casa se distingue, como se ha señalado anteriormente, por un aprendizaje más autónomo y un papel secundario del educador, cuyo ejercicio consiste básicamente en motivar y acompañar el aprendizaje. Esto requiere que en ocasiones se tengan que actualizar conocimientos, diseñar o programar actividades, materiales, situaciones, que la mayoría de padres que enseñan en casa puede plantearse debido al nivel educativo medio-alto que demuestran tener (Hanna, 2011)». SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", pg. 65.

³⁰³ Cuando se habla en adecuación del local lógicamente no se quiere afirmar que las familias tendrán la obligación de construir escuelas en miniatura, sino que estos ambientes estén conforme sus fines, es decir, que sean capaces de motivar a los niños a alcanzar su integral desarrollo de la personalidad.

³⁰⁴ Este sistema de fiscalización impediría eficazmente cualquier intento adoctrinador en el seno de las familias. CANALDA GONZÁLEZ, A., "La protección del menor y la educación en familia", pg. 27.

b.2) Sexta exigencia - calificaciones: por último la Administración evaluaría periódicamente a los alumnos educados en casa para comprobar averiguar la calidad de la educación impartida en el hogar a fin de que puedan acceder a los niveles inmediatamente superiores.

En síntesis estas serían las exigencias propuestas para armonizar los intereses de padres y del Estado en torno de los intereses superiores de los niños.

El equilibrio que se intenta alcanzar está en los matices, en la capacidad de flexibilizar las posiciones para lograr el interés de los niños y nunca en los extremos, en las posiciones ideológicamente cerradas. Esta posición flexible, interesada en el desarrollo de la persona, debe empezar con la eliminación de restricciones injustificadas y desproporcionadas a la elección de este tipo de educación. Incumbe al Estado reconocer que la asunción de la labor educativa por algunos padres, dentro de algunos límites, no equivale a una amenaza real a los derechos de sus hijos. Solo con la aproximación entre el Estado y el *homeschooling* será posible disipar las incertidumbres y sospechas que el sistema educativo hace recaer sobre estas familias.

CONCLUSIONES

El *homeschooling* es una vía que confiere a los padres un protagonismo en la educación de sus hijos muy superior a cualquier otra modalidad educativa. Su práctica en el contexto comparado es plural en cuanto a las razones invocadas y métodos aplicados. Esta herramienta educativa es compleja y novedosa. La realidad comparada indica que se encuentra en todos los continentes, con mayor presencia en los países de tradición anglosajona. En el continente europeo su regulación refleja esta pluralidad. Desde la prohibición hasta su constitucionalización, está expresamente autorizada por la Constitución de Dinamarca, se ejerce casi libremente en Reino Unido, está regulada intensamente en Francia o prohibido en Alemania.

En España el panorama legislativo no la contempla y el legislador orgánico opta por un modelo de escolarización obligatoria como único instrumento para la garantía del derecho a la educación, excluyendo otras vías alternativas. La jurisprudencia, a pesar de no cerrar esta vía, ha considerado que su práctica podría vulnerar los derechos de los menores. Sin embargo, el número de practicantes del *homeschooling* es creciente.

La ausencia de un marco regulatorio para el *homeschooling* ha impulsado la necesidad de buscar formas de encaje al sistema educativo actual. Esta búsqueda suele reunir cuatro principales líneas argumentativas. Una corriente argumentativa aboga por el *homeschooling* como derecho fundamental de los padres, que se infiere de una interpretación extensiva de la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE, del derecho de elegir el tipo de educación del artículo 27.3 o ,incluso, de la libertad de crear centros docentes del artículo 27.6. También hay quien defiende el *homeschooling* como manifestación de la objeción de conciencia al deber legal de escolarización. Otros, por último, la vinculan al ejercicio de la patria potestad.

Se han señalado en el trabajo de modo breve las críticas a los planteamientos anteriores. Por nuestra parte, en el actual modelo normativo, consideramos que la aplicación del principio de proporcionalidad a los casos concretos puede ser la vía más adecuada para armonizar los intereses en juego. En este sentido la STC 133/2010, ha perdido la oportunidad de formular un juicio de proporcionalidad capaz de reconocer la importancia de la escolarización obligatoria y abrir la vía a otras modalidades educativas como medio efectivo para garantizar el derecho a la educación. Ha dejado el Tribunal Constitucional de reconocer que en algunos casos la defensa del interés del menor puede justificar otros modelos educativos alternativos a la escolarización obligatoria. En estos supuestos concretos el interés del menor a recibir una educación capaz de desarrollar integralmente su personalidad debería ponderarse sobre el deber legal de escolarización.

Las propuestas que se defienden en estas líneas parten de la premisa de que la familia es una institución apta a garantizar la educación de sus hijos en todas sus dimensiones. En este sentido, el *homeschooling* podría ser admitido con todos los controles y prevenciones indicados cuando se verifique que la familia es idónea y cuenta con los medios para asumir con garantías esta modalidad educativa. Sólo así puede velarse por el interés superior del niño.

La concreción del interés superior en los supuestos de *homeschooling* exigiría superar un doble test. El primero, en relación con las causas justificativas que lo haría aconsejable sobre el modelo de escolarización obligatoria (*bullying*, enfermedades crónicas, pedagógicos, etc.). El segundo relativo ya a la verificación de las condiciones y la capacidad para la educación en casa en sus tres dimensiones - transmisión de los

contenidos programáticos, garantía de socialización y la incorporación de los valores socialmente compartidos.

La importancia que la formación educativa representa para el individuo y para la sociedad obliga a buscar el equilibrio entre la función del Estado y las libertades educativas de los padres.

La incidencia del interés superior al test de proporcionalidad permitiría reconocer, sin prejuicios ideológicos como los de la STC 133/2010, que en el caso concreto el *homeschooling* puede ser una modalidad educativa adecuada, necesaria y ponderada que permita a los padres la garantía de la educación, por supuesto con todos los controles preventivos y de ejecución por parte de la Administración y los órganos judiciales si fuera preciso. Para ello se debería exigir la correlación entre las causas alegadas para educar en casa y el tipo de educación impartida.

De *lege ferenda* sería deseable un marco regulatorio del *homeschooling* en la línea de garantizar el interés superior del niño por encima de cualquier otro planteamiento que parta, en su concepción, del doble test ya señalado. Este marco sí que permitiría articular el equilibrio entre función educativa del Estado, libertades educativas de los padres e interés superior del niño.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRISKETA URIARTE, J., "El derecho a la educación y los Derechos en la educación en España: análisis crítico de la LOMCE", *Internacional Multilingual Journal of Contemporary Research*, vol. 2, n° 4, diciembre 2014, pgs. 29-60.
- ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.
- ALEXY, R., "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 31, n° 91, enero-abril 2011, pgs. 11-29.
- ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español*, UPCO, Madrid, 1994.
- ARA PINILLA, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Dykinson S. L., Madrid, 2013.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M. Á., "La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa", *Laicidad y libertades*, n. 6, vol. I, diciembre 2006, pgs. 9-45.
- , *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, 2006.
- BELANDO-MONTORO, M. R., "Diversidad de intereses y necesidades de aprendizaje en una sociedad compleja y cambiante: la educación en el hogar como posibilidad", en

- BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 299-312.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al Capítulo Primero del Título VI del Libro Primero del Código Civil: Disposiciones Generales", en AMORÓS GUARDIOLA, M. (coord.), *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pgs. 1043-1076.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- BRIONES MARTÍNEZ, I. M., "Análisis de la ley orgánica de mejora de la calidad de la educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 39-88.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R., "Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 89-98.
- CABO GONZÁLEZ, C., *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad de Oviedo, 2012, <<http://www.tdx.cat/handle/10803/94200>> (vista el 22/2/2016).
- CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson S. L., Madrid, 2006.
- , "La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos", en CAMPOY CERVERA, I., (ED.), *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson S. L., Madrid, 2007, pgs. 149-201.
- CANALDA GONZÁLEZ, A., "La protección del menor y la educación en familia", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 21-28.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., "La reforma de la patria potestad", *Las reformas del Código Civil por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, pgs. 37-61.
- CIANCIARDO, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Barañáin, 2000.
- COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- CRUZ MIÑAMBRES, J. E., *El derecho fundamental a la educación (estudio interdisciplinar) (estudios alrededor de un núcleo de derecho constitucional)*, Tesis Doctoral defendida en la Universidad Complutense de Madrid, 1988.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Informe al Parlamento 2005*, Andalucía, 2006, 1063 pgs.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013.

- ESCRIVÁ IVARS, J., "La importancia de la educación en familia para el desarrollo integral del menor", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 29-35.
- FERNÁNDEZ, A./ NORDMANN, J./ PONCI, J., *Informe 2008-2009 sobre las libertades educativas en el mundo*, OIDEL, 2010, 62 pgs.
- FERREIRÓS MARCOS, C., *Defensa del derecho a la enseñanza obligatoria: el papel del ministerio fiscal*, Fundación Aequitas, Madrid, 2011.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á., "Garantías constitucionales de los derechos de los menores", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013, pgs. 19-35.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, año 1996, nº 89, pgs. 69-89.
- GARCÍA MORIYÓN, F., *Derechos humanos y educación. Textos fundamentales. Textos complementarios*, Ediciones de la Torre, Madrid, 1998.
- GIMENO SACRISTÁN, J., *La educación obligatoria: su sentido educativo y social*, Ediciones Morata S. L., Madrid, 2000.
- GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa: implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ MONTORO, Á. J., "Concepto pluridimensional del derecho a la educación", en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación: encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Consejería de Educación, Madrid, 2003, pgs. 103-122.
- , "Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional", *Revista Española de Pedagogía*, año 61, nº 226, septiembre-diciembre de 2003, pgs. 397-414.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., "El principio constitucional de proporcionalidad en España", en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ RUSCONI, M. (dir.), *El principio de proporcionalidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014, pg. 235-273.
- GUARDINI, R., *Tres escritos sobre la universidad*, EUNSA, Pamplona, 2012.
- HAMMARBERG, T., *A school for children with rights: the significance of the united nations convention on the rights of the children for modern education policy*, Innocenti Lectures, Florence, 1997.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., "¿Tienen los niños derechos? Comentario a la convención sobre los derechos del niño". *Revista de Educación*, nº 294, enero-abril 1991, pgs. 221-233.
- IGELMO ZALDÍVAR, J., "Las teorías de desescolarización; cuarenta años de perspectiva histórica", *Historia Social y de la Educación*, vol. 1, nº 1, 2012, pgs. 32-33
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "Patria potestad y derecho a la educación a propósito del homeschooling", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21, 2013, pgs. 37-78.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., "Análisis de la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 229-248.

- , "El *homeschooling* en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 25, enero 2011, pgs. 1-40.
- , "Objeción de conciencia y escuela", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 15, octubre 2007, pgs. 1-55.
- MARTÍN SÁNCHEZ, I., "Objeción de conciencia y educación para la ciudadanía", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 19, enero-junio 2009, pgs. 211-228.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., "La educación en la Constitución española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)", *Persona y Derecho*, nº 6, 1979, pgs. 215-296.
- , "La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas", *Cuadernos de derecho judicial*, nº 11, 2007, pgs. 15-78.
- , "Políticas educativas y libertad escolar", en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación: encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Consejería de Educación, Madrid, 2003, pgs. 75-90.
- MEIX CERECEDA, P., *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, *Plan para la reducción del abandono educativo temprano 2014-2020*, 2013, 50 pgs.
- NAVARRO-VALLS, R./ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 1ª ed., IUSTEL, Madrid, 2011.
- NICOLAS MUÑIZ, J., "Los derechos fundamentales en materia educativa en la constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, nº 7, enero-abril 1983, pgs. 335-356.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, *Resultados de PISA 2012 en foco*, OCDE, 2014, 44 pgs.
- PARODY NAVARRO, J. A., "Sobre la práctica del *homeschooling* en España y la jurisprudencia europea", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 17, 2001, pgs. 299-320.
- PRIETO SANCHÍS, L., "Libertad y objeción de conciencia", *Persona y Derecho*, nº 54, 2006, Pamplona, pgs. 259-273.
- RAVETLAT BALLESTÉ, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nº 2, pgs. 89-108.
- REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, S. L., Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "El *homeschooling* a debate: una hipótesis de responsabilidad paterna?", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 19, enero 2015, pgs. 118-141.

- RUANO ESPINA, L., "Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 111-141.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., "Consecuencias penales de la educación en casa", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 143-159.
- SOUTO GALVÁN, B., *Educación y creencias: nuevas y viejas querellas sobre cuestiones educativas*, Dykinson, S. L., Madrid, 2012.
- SOTÉS ELIZALDE, M. Á./ URPI, C./ MOLINOS TEJADA, M. C., "Diversidad, participación y calidad educativas: necesidades y posibilidades del *homeschooling*", *Estudios sobre educación*, vol. 22, 2012, pgs. 55-72.
- VALERO ESTARELLAS, M. J., "*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 MARTÍNEZ-TORRÓN, J./ MESEGUER VELASCO, S./ PALOMINO LOZANO, R. (coord.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls*, vol. I, Religión y Derecho, IUSTEL, Madrid, 2013, pgs. 1481-1508.
- "*Homeschooling* en Europa", en BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (coord.), *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson S. L., Madrid, 2014, pgs. 273-295.
- , "*Homeschooling* o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres", *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, vol. XXIX, 2013, pgs. 689-710.
- VALERO HEREDIA, A., "Ideario educativo constitucional y 'homeschooling': a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, n° 94, enero-abril 2012, pgs. 411-442.
- VALLÉS RODRÍGUEZ, M., "Protección jurídica del menor", en *Protección jurídica de la familia*, Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, pgs. 315-360.
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J., "*Home schooling* y Constitución. Consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional", *Estudios de Deusto*, vol. 59, n° 1, enero-junio 2011, pgs. 259-276.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS

Comisión Europea de Derechos Humanos

Decisión Administrativa n° 19844 de 9 de julio de 1992, disponible en <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1349>> (vista el 24/4/2016)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Decisión de Inadmisión nº 35504 de 11 de septiembre de 2006, disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76925> (vista el 25/4/2016).

Corte Suprema de los Estados Unidos

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)

Tribunal Constitucional

STC (Sala Primera) 15/1982, de 23 de abril [La Ley 52-TC/1982]

STC (Pleno) 53/1985, de 11 de abril [La Ley 9898-JF/0000]

STC (Pleno) 161/1987, de 27 de octubre [La Ley 95918-NS/0000]

STC (Pleno) 194/1989, de 16 de noviembre [La Ley 1706-JF/0000]

STC (Sala Primera) 181/1990, de 15 de noviembre [La Ley 1593-TC/1991]

STC (Sala Primera) 260/1994, de 3 de octubre [La Ley 13016/1994]

STC (Sala Segunda) 141/2000, de 29 de mayo [La Ley 8805/2000]

STC (Sala Segunda) 124/2002, de 20 de mayo [La Ley 4754/2002]

STC (Sala Primera) 133/2010, de 2 de diciembre [La Ley 204442/2010]

STC (Pleno) 145/2015, de 25 de junio [La Ley 85615/2015]

Tribunal Supremo

STS (Sala Segunda) de 30 de octubre de 1994 [La Ley 14134/1994]

Audiencia Provincial de Ourense

SAP (Sección 2ª) 178/2015, de 1 de junio [La Ley 78267/2015]

Audiencia Provincial de Tarragona

SAP (Sección 1ª) de 30 de diciembre de 2010 [La Ley 309219/2010]

Juzgado de Primera Instancia de Valdemoro

AJPI de 3 de julio de 2014 [La Ley 179243/2014]