

EDUCACIÓN EN FAMILIA. AMPLIANDO DERECHOS EDUCATIVOS Y DE CONCIENCIA

IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ

Coordinadora



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

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

Dykinson, S.L.

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

IRENE MARÍA BRIONES MARTÍNEZ
COORDINADORA

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

AUTORES

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

 *Dykinson, S.L.*

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

© Irene María Briones Martínez

© Los autores

Editorial DYKINSON, S. L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Teléfonos (+34) 915 44 28 46 - (+34) 915 44 28 69

E-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

Consejo editorial: véase www.dykinson.com/quienessomos

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

Preimpresión e impresión:

SAFEKAT, S. L.

Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L

Complejo Neural - 28021 Madrid

www.safekat.com

ÍNDICE

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

PRIMERA PARTE ESTUDIO JURÍDICO DE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA

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

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

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

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

«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»	39
<i>Prof. Doña Irene María Briones Martínez (Profesora Titular. Acreditada como Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid)</i>	

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

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

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

«Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias»	111
<i>Prof. Doña Lourdes Ruano Espina</i> (Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Salamanca)	
«Consecuencias penales de la educación en casa»	143
<i>Prof. D. Javier Sánchez Vera</i> (Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid)	
«La regulación del <i>homeschooling</i> ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad»	161
<i>Prof. Doña Ana Llano Torres</i> (Contratado Doctor de Filosofía. Universidad Complutense de Madrid)	
«Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa»	181
<i>Prof. Doña Alma Rodríguez Guitián</i> (Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad Autónoma de Madrid)	
«La responsabilidad civil de los padres en la educación de sus hijos»	193
<i>Prof. Doña Ana Isabel Berrocal Lanzarot</i> (Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid)	

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

España y la educación en familia

«La educación en casa y el artículo 27 de la Constitución en la doctrina del Tribunal Constitucional»	215
<i>Prof. Doña María Moreno Antón</i> (Profesora Titular. Acreditada como Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Autónoma de Madrid)	
«Análisis de la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución»	229
<i>Prof. D. José María Martí Sánchez</i> (Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado en Albacete. Universidad de Castilla-La Mancha)	

Europa y la Educación en Familia

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

SEGUNDA PARTE APROXIMACIÓN A UN ENFOQUE PEDAGÓGICO

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

HOMESCHOOLING EN EUROPA

M.^a José Valero Estarellas
Centro Universitario Villanueva.
Universidad Complutense de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya algún tiempo que tengo la firme convicción de que si hay algo que nos une a todos los interesados en el debate del *homeschooling* como fenómeno educativo —padres, educadores, juristas, administraciones públicas, psicólogos, pedagogos, médicos o filósofos— es que, más allá de elaboradas teorías y argumentaciones acerca del encuadre constitucional de la educación en familia, del alcance de los derechos de padres, menores de edad y Estado en materia educativa o de concretos sistemas de gestión administrativa de la educación en casa, todos buscamos lo mismo, todos defendemos lo mismo y —quiero pensar— todos lo hacemos de buena fe: todos perseguimos el mejor interés del niño. Lástima que una convicción tan firme como la mía tenga como objeto algo tan difuso como el mejor interés del menor, un concepto que resulta susceptible de ser manipulado, adaptado, argumentado y contra-argumentado para acomodar muy distintos planteamientos. El dicho común de que «el papel todo lo aguanta» parece valer también para el mejor interés del menor: parece susceptible de aguantar casi todo.¹

Este trabajo pretende abordar una reflexión acerca de la relación que existe entre el *homeschooling* y ese mejor interés del menor que, no circunscrita al concreto contexto español, sino proyectada en el panorama europeo, permita adoptar una perspectiva argumental considerablemente más amplia e interesante.

El 28 de junio de 2009, la versión digital del Washington Times publicaba un artículo firmado por J. Michael Smith, presidente de la *Home School Legal Defence*

¹ J. Zermatten, *The Best Interests of the Child. Literal Analysis, Function and Implementation*, 2010 Working Report of the Institut International des Droits de L'Enfant, p. 27. (Disponible en http://www.childs-rights.org/html/documents/hr/wr_best_interest_child09.pdf. Consultado el 25 de noviembre de 2012). También parece sugerirlo F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, 2000, p. 25.

Association,² que, bajo el título *Home-Schooling: Losing ground all over Europe*,³ advertía de las dificultades legales y administrativas que hallaban, en un creciente número de países del viejo continente, aquellos padres que deseaban educar a sus hijos al margen de sistemas educativos oficiales. Junto a la tradicional activa oposición de las autoridades alemanas a la práctica del *homeschooling*, Smith mencionaba dos circunstancias de entonces reciente acaecimiento en países hasta entonces legalmente abiertos a la educación no institucional y que encontraba particularmente inquietantes: de un lado, la sugerencia del gobierno sueco de limitar extraordinariamente la posibilidad y alcance de una educación en el hogar; de otro, la publicación en el Reino Unido del controvertido Informe *Badman*, que propugnaba un aumento de controles estatales en la hasta entonces relativamente libre práctica del *home education* en este país.

Con la perspectiva de los más de tres años transcurridos desde la publicación del artículo mencionado, hemos de admitir que la intuición del Sr. Smith no iba del todo mal dirigida. Si bien en el Reino Unido la reacción sin precedentes al contenido del Informe *Badman* llevó finalmente al Gobierno a renunciar a la pretensión de reformar el sistema de educación en casa,⁴ en Suecia las cosas no han sido precisamente favorables a los intereses de los *homeschoolers*,⁵ como tendremos ocasión de analizar a continuación. Además, en este tiempo ha ocurrido en Europa algo con lo que el presidente de la HSLDA no podía contar allá por junio de 2009: la decisión en 2010 del Tribunal Constitucional español de considerar ilegal la práctica de la educación en casa mientras no exista una expresa regulación legal de la misma.⁶

Junto a estas malas perspectivas adelantadas por Smith, en Europa también se han producido en los últimos años avances favorables a una creciente diversificación de modalidades educativas, principalmente en los países pertenecientes al antiguo bloque soviético.⁷ Un ejemplo alentador es el de la República Checa al que me referiré más adelante.

² La *Home School Legal Defence Association*, más conocida por su acrónimo HSLDA, es la asociación internacional más importante para la defensa y promoción de la educación no institucionalizada. Creada en Estados Unidos en 1983, esta organización sin ánimo de lucro monitoriza a nivel mundial la situación de la educación en el hogar y promueve campañas activas a favor de los derechos de los padres y de los menores desescolarizados. Vid. <http://www.hslda.org/> (Consultado el 28 de noviembre de 2013).

³ Disponible en <http://www.washingtontimes.com/news/2009/jun/28/home-schooling-losing-ground-all-over-europe/> (Consultado el 28 de noviembre de 2013).

⁴ Cfr. M.^a J. Valero Estarellas, «*Homeschooling* en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* (RGDCyDEE), 28 (2012), pp. 8 a 10.

⁵ La nueva Ley de Educación del año 2010 ha prohibido *de facto* la educación en casa en este país escandinavo salvo que concurran «circunstancias excepcionales». Además, el ejemplo sueco parece contagiar ahora a algunos de sus vecinos más cercanos como Noruega o Finlandia. Vid. <http://www.hslda.org/hslinternational/Norway/201206110.asp> y <http://www.hslda.org/hslinternational/Finland/201207170.asp>. (Consultadas el 25 de noviembre de 2012).

⁶ STC 133/2010, de 2 de diciembre.

⁷ Polonia legalizó el *homeschooling* en su Ley de Educación de 1991 (Ley de Educación n.º 95/1991); Rusia y Estonia lo hicieron en 1992 (Ley Federal de Educación rusa n.º 3266-1, de 10 de julio de 1992 y Ley de Educación de la República de Estonia RT 1991, 19, 192); y Hungría lo hizo parcialmente en 1993 (Ley LXXIX de 1993 de Educación Pública). Vid. Y. Kostelecká, «Home education in the post-communist countries: Case study of the Czech Republic», en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), p. 31. En Eslovenia la educación en casa es legal sólo en la etapa de educación primaria desde la Ley de Escuela Prima-

Sea cual sea la posición que se adopte en relación con la educación en casa, el discurso argumental propuesto siempre incluye, como si de un mantra se tratara, una referencia al *mejor interés del menor*. El Tribunal Constitucional español y el legislador Sueco apelan al derecho del menor a recibir la mejor educación posible para limitar el derecho preferente de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos. El Estado sabe lo que es bueno para el niño y no admite interferencias, ni siquiera de los padres, ni siquiera por razón de creencias religiosas o de otra índole, a la hora de moldear a las futuras generaciones.⁸ Igualmente, el derecho del menor a la educación y su mejor interés están presentes en el discurso de aquellos que propugnan un *homeschooling* libre de cualquier tipo de control o supervisión estatal. En este caso son los padres quienes saben lo que es mejor para el menor y rechazan que el Estado tenga ningún interés o derecho sobre la educación de sus hijos, eludiendo el debate acerca de la indiscutible dimensión social de la familia y de la formación de los menores de edad.⁹

Frente a concepciones preconcebidas y estáticas de lo que sea el mejor interés del menor, que abocan a soluciones extremas, la realidad legal y jurisprudencial nos enseña que si algo caracteriza al concepto jurídico del *favor minoris* es precisamente su deseable indeterminación, su adaptabilidad al caso concreto e individual.¹⁰ La búsqueda de esa concepción dinámica del interés del menor podría de hecho constituir el punto de partida común para el necesario ejercicio jurídico de intentar conjugar las dimensiones individual, familiar, social e institucional presentes en la educación en casa. Una concepción que, como demuestra la variada experiencia europea, puede ser de gran utilidad a nivel legislativo, a nivel judicial y a nivel de la actuación ejecutiva de las autoridades sociales y educativas. Una concepción que, a la postre, parece revelarse más respetuosa con los derechos fundamentales implicados en la educación, que es de lo que se trata.

Y esa es precisamente la finalidad de este trabajo, hacer una reflexión acerca de la operatividad del concepto del mejor interés del menor a la hora de configurar un sistema de educación en casa que resulte en un adecuado equilibrio de la *trias pedagógica*: menores, padres, Estado.¹¹

ria de 1996 (ZOsn-UI, st. 8/06, 102/07); mientras que en Eslovaquia la educación en casa fue legalizada por la Ley Nacional de Educación de 22 de mayo de 2008 (Ley n.º 245/2008). Letonia y Lituania también admiten fórmulas de educación en familia. Vid. <http://www.hslda.org/hslinternational/default.asp> (Consultado el 25 de noviembre de 2012).

⁸ En relación con Suecia, <http://www.cbn.com/cbnnews/world/2012/April/Swedish-Home-Schoolers-Flee-Parental-Inquisition/> (Consultado el 25 de noviembre de 2012).

⁹ Esa importancia social de la familia queda claramente reflejada en la reciente Resolución del Parlamento Europeo de 23 de octubre de 2012 sobre el Programa para el Cambio: el futuro de la política de desarrollo de la UE, que en su punto 15 «[s]ubraya la importancia de la solidaridad entre generaciones; a este respecto, invita a la Comisión a adoptar la integración de la dimensión familiar como principio rector universal para la consecución de los objetivos de desarrollo de la UE.» (Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0386&language=ES>. Consultado el 25 de noviembre de 2012).

¹⁰ Cfr. F. Rivero Hernández, *El interés...*, cit. en nota 551, pp. 54 y ss.

¹¹ *Trias pedagógica* es un concepto que se refiere a la relación constitucional que existe entre Estado, padres y menores basada en los derechos del niño y demás derechos humanos, y que implica obligaciones para el Estado y el fortalecimiento de las facultades de los padres. Vid. J.C.M. Willems, «What May Parents Be Asked to Pledge? The Convention on the Rights of the Child as a Source of Parental Duties and Responsibilities», en *Shared Pedagogical Responsibility*, VVAA, Antwerp, 2008, pp. 23 y 24. Del mismo autor, «Children's rights and the prevention of child abuse and neglect: the search for a trias pedagógica of children, parents and society», en *Violence in the domestic sphere*, VVAA, Antwerp, 2005, p. 170.

¿Cómo pretendo llevar a cabo esta labor? Pues bien, en primer lugar, haciendo una breve reflexión acerca de qué se entiende en el campo del derecho, y muy especialmente de los derechos fundamentales, por *interés preferente del menor*; y en segundo lugar, identificando el reflejo de esa búsqueda y defensa del interés del menor en cuatro ordenamientos europeos que reflejan algunas de las muy distintas sensibilidades que en materia de *homeschooling* conviven en Europa: Suecia, un país que recientemente ha optado por limitar extraordinariamente la posibilidad de educar a los hijos fuera de la escuela institucional tras haberlo admitido durante décadas; la República Checa, un país que después de varios años de experimento pedagógico ha admitido legalmente esta modalidad educativa que fue ilegal en la era comunista del estado educador monopolístico; España, un país en que el status jurídico de la educación en casa era hasta hace poco incierto y que se ha decantado finalmente por considerarla ilegal en tanto no exista una previa regulación legal; y por último Francia, un país con un modelo de educación en familia sometido a una intensa supervisión administrativa pedagógica y social. Haré por último una vista al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, necesariamente breve, y concluiré con unas escasas consideraciones finales que, espero, permitan trabar de manera coherente todo el conjunto.

2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: *FAVOR MINORIS* Y DERECHO A LA EDUCACIÓN

El concepto de interés superior del menor es a la vez resultado y co-artífice de la importante evolución que la institución familiar y el derecho de familia han protagonizado en Europa, y en general en el mundo occidental, en los últimos 100 años, y se ha convertido en paradigma del modo en que han de ser abordadas todas aquellas cuestiones que de modo directo afectan al bienestar de los menores de edad: adopción; régimen de custodia y visitas en situaciones de separación o divorcio de los padres; resolución de conflictos en casos transnacionales de secuestro por un progenitor; remoción de custodia en supuestos de abandono o negligencia; y, en general, cualquier aspecto que afecte a la efectiva realización de los derechos fundamentales del niño.¹² Se trata de un principio de alcance pluridisciplinar y de contenido mutable, susceptible de adaptarse casuísticamente a las necesidades individuales de los niños y que persigue, como objetivo último, que éstos logren un desarrollo integral que los convierta en adultos plenamente autónomos.¹³ En definitiva, lo que se pretende a través de este concepto es el bienestar del niño en su sentido más amplio.

En el plano jurídico, como consecuencia de la generalización del criterio del *favor minoris* como el más importante principio inspirador y rector de cualquier normativa que afecte a la juventud y la infancia, el menor ha pasado de ser percibido como un mero

¹² Vid. *infra* nota 566. También, F. Rivero Hernández, *El interés...*, cit. en nota 551, pp. 23 y ss.; y J.M. De Torres Perea, *Interés del menor y derecho de familia*, Madrid, 2009, p. 17.

¹³ M. Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial», en RGDCyDEE 19 (2009), pp. 10 y 11. La autora cita a su vez a M. Pérez Alonso, «La situación jurídica del menor en la LOPJM 1/1996 de 15 de enero, de modificación del CC y de la LEC: Luces y sombras», en *Actualidad Civil* II, 1997, p. 24.

sujeto pasivo sometido a padres, tutores o guardadores, a ser considerado primordialmente como protagonista de su propia vida¹⁴ y titular de una pluralidad de derechos fundamentales cuyo adecuado desarrollo integral compete a una pluralidad de sujetos, incluidos los poderes públicos.¹⁵ Así se deduce de la referencia al *favor minoris* que aparece recogida en el artículo 3.1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, inmediatamente después de la definición de *menor de edad* y de la enumeración de las responsabilidades de padres y Estados en la realización de los derechos enunciados en la Convención: «[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor.»¹⁶

Por tomar como referencia un ordenamiento europeo que a la vez es el que a los lectores probablemente resulte más familiar, en España el concepto de mejor interés del niño aparece en los dos textos legales probablemente más relevantes, después de la propia Constitución, en lo que al cuidado de los menores se refiere: el Código Civil y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. El artículo 154 del Código civil¹⁷ introduce la noción de la prevalencia del bienestar de los menores, orientando el significado y finalidad de la institución de la patria potestad. Señala el artículo 154 del Código civil que «[l]a patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.» En este sentido, el interés prevalente del menor aparece íntimamente relacionado con el artículo 10.1 de la Constitución, y se identifica con su dignidad personal, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad. Por su parte, en conexión con el artículo 9.2 de nuestro Texto Fundamental, el primer inciso del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996¹⁸ destaca como principio general que «[e]n la aplicación de la presente Ley primará el interés

¹⁴ Por ello tal vez sea mejor hablar no tanto del *menor* sino de los *menores*, ya que no es lo mismo un niño de cinco años que otro de doce o dieciséis. Su madurez y su capacidad de intervenir y decidir sobre su propia vida son muy diferentes en las distintas etapas del crecimiento, y así lo reconoce el derecho. *Vid.* F. Rivero Hernández, *El interés...*, cit. en nota 551, pp. 116 y ss.

¹⁵ M. Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad...», cit. en nota 563, p. 9. También, J. Zermatten, *The Best Interests...*, cit. en nota 551, pp. 2 a 4 y 9.

¹⁶ No es este el único precepto de la Convención que recoge este concepto. Aparece igualmente en el artículo 9, relativo al derecho de los niños a no ser separados de sus padres; en el artículo 18, referente a las obligaciones de crianza de los progenitores; en el artículo 20, que prevé la atención por el Estado de los niños separados temporal o permanentemente de su medio familiar; en el artículo 21, dedicado a la adopción; en el artículo 37, encargado del delicado tema de los menores privados de libertad; y, finalmente, en el artículo 40.2.b (iii) relativo a la presencia de los padres en el tribunal en casos penales que afecten a menores de edad. También mencionan este principio el artículo 5 del Protocolo 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; el artículo 4 (b) de la Convención de la Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional; el artículo 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000; y el artículo 23 (2) de La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

¹⁷ Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE 119 de 19 de mayo de 1981).

¹⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE 15 de 17 de enero de 1996). Se ocupa del análisis del interés del menor en las normas civiles de protección jurídica, M.^a C. Pastor Álvarez, «El interés del menor en las leyes civiles que regulan su protección jurídica», en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia* 15 (1997), pp. 181-202.

superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», mientras que su artículo 11.2 señala como primer principio rector de la actuación de los poderes públicos «[l]a supremacía del interés del menor.»

Además de las características ya anticipadas del interés prevalente del menor como concepto mutable y netamente pluridisciplinar¹⁹, lo primero que se deduce de los preceptos mencionados anteriormente es que se trata sobre todo de un principio que vincula de manera directa a todos aquellos involucrados en el proceso evolutivo de la persona durante los años de su minoría de edad.²⁰ Compete y compromete en primer lugar a los titulares de la patria potestad —principalmente los padres—, de suerte que ésta se convierte en un oficio tuitivo que siempre ha de ejercitarse en beneficio de los hijos.²¹ Se extiende igualmente a los poderes públicos, convirtiéndose en prioritario en su actuación tanto a nivel legislativo como judicial y ejecutivo.²² En definitiva, podríamos hablar de una moneda de dos caras: mientras que los padres han de ejercer tanto la patria potestad como los derechos de los que son titulares en relación con sus hijos desde el respeto a los derechos fundamentales de éstos, son esos mismos derechos de los menores los que han de inspirar cualquier intervención —tuitiva o no— de los poderes del Estado,²³ de suerte que su adecuado desarrollo prevalece sobre cualquier otra consideración.²⁴

Si en un plano jurídico general el interés del menor se identifica con la promoción legal de las condiciones necesarias que le permitan su desarrollo integral como individuo y como ciudadano,²⁵ ¿qué se entiende o qué habría de entenderse por interés superior del menor en el campo de los derechos educativos? En principio debería identificarse con el derecho de los menores a recibir una educación que sea conforme con los estándares internacionalmente admitidos en relación con este derecho fundamental,²⁶ es decir, su derecho a recibir una formación que tenga por objeto el pleno desarrollo de su personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.²⁷

¹⁹ Cfr. J.M. De Torres Perea, *Interés del menor...*, cit. en nota 562, p.14.

²⁰ Cfr. M. Moreno Antón, «Minoría de edad y libertad...», cit. en nota 563, pp. 10 y 11.

²¹ *Ibíd.* p. 6. En relación con la omisión a los padres que se aprecia en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, *vid.* J. Zermatten, *The Best Interests...*, cit. en nota 551, p. 9.

²² *Vid.* R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, 2.^a ed., Madrid, 2011, pp. 235 y ss.

²³ H. Van Crombrugge, «The Upbringing pledge as a framework for the parent-child relationship», en *Shared Pedagogical...*, cit. en nota 561, pp. 2 y 9; y J.C.M. Willems, «What May Parents...», en la misma obra, p. 17.

²⁴ Cfr. M.^a C. Pastor Álvarez, «El interés del menor...», cit. en nota 568, p. 184.

²⁵ H. Van Crombrugge, «The Upbringing...», cit. en nota 561, p. 8.

²⁶ Probablemente sobre pocos derechos fundamentales exista un acuerdo tan unánime como el que hay acerca de la necesidad de reconocimiento del derecho a la educación y sobre algunos aspectos básicos de su contenido. Además, se trata de un derecho íntimamente relacionado con otros derechos fundamentales, no en vano el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas lo ha calificado como «el derecho epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos.» *Vid.* Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 11 E/C.12/1994/4. Cfr. J.A. Muñoz Arnau, *Derechos y libertades en la política y la legislación educativa españolas*, Pamplona, 2010, p. 51.

²⁷ Artículo 26.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En el mismo sentido, el artículo 27.2 de la Constitución española de 1978 esta-

Por ello, en el campo de los derechos educativos el interés prevalente del menor presenta nuevamente una doble vertiente. De un lado, se erige en el principio en torno al cual ha de pivotar el ejercicio de las funciones educadoras de los padres, así como en el criterio de resolución de aquellos conflictos que se planteen entre el derecho de los padres a elegir preferentemente la educación de sus hijos y el derecho de éstos a recibir una formación que tenga por objeto su pleno desarrollo intelectual y moral. De otro, es un paradigma de actuación de los poderes públicos que les exige no sólo poner a disposición de los menores los instrumentos necesarios para tener acceso a una educación básica obligatoria y gratuita orientada a desplegar la plenitud de su personalidad,²⁸ sino además, tal y como ha insistido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a garantizar un sistema educativo que respete el derecho preferente de los padres a escoger la educación de sus hijos²⁹ y que no aproveche el interés social del Estado en la educación para realizar una labor de adoctrinamiento³⁰ hábilmente enmascarada en ocasiones bajo modernos eslóganes educativos³¹ o incluso bajo el concepto de *factor de riesgo*.³²

3. CUATRO MODELOS Y UN TRIBUNAL: SUECIA, REPÚBLICA CHECA, ESPAÑA, FRANCIA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

No les descubro nada nuevo si les digo que en Europa, como cabe esperar en un continente en el que conviven muy diversas sensibilidades en materia de educación, el panorama legislativo en materia de *homeschooling* es muy variado.³³ Mientras que en Irlanda, Finlandia o Dinamarca la educación en casa está prevista de un modo u otro en sus respectivas constituciones,³⁴ en Alemania no sólo no está permitida sino que se persigue activamente a los padres que optan por ella.³⁵ En otros países como Bélgica,

blece que «[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.»

²⁸ Artículo 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. [...]»

²⁹ Artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³⁰ *Vid. infra* epígrafe II. 5.

³¹ En este sentido, algún autor reflexiona acerca de cómo atractivos eslóganes educativos aparentemente fundamentados en el interés de los menores, no son sino reflejo de ciertas concepciones político-filosóficas que se introducen en ocasiones en los sistemas educativos nacionales como pretendidos avances pedagógicos, cuando realmente no han sido suficientemente valorados ni testados. *Vid.* D. De Ruyter, «The Upbringing Pledge and the Flourishing of Teachers and Parents», en *Shared Pedagogical...*, cit. en nota 561, p. 87.

³² J.M. De Torres Perea, *Interés del menor...*, cit. en nota 562, p. 23.

³³ *Vid.* M. A. Asensio Sánchez, «La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa», en *Laicidad y libertades* 6 (2006), p. 16; y C. Koons, «Education on the home front: Home education in the European Union and the need for unified European policy», en *Independent International & Comparative Law Review* 20 (2010), pp. 150 a 153.

³⁴ Así, el artículo 76 de la Constitución de Dinamarca; el artículo 42 de la Constitución de la República de Irlanda; y el artículo 16 de la Constitución de Finlandia de 1999.

³⁵ F. Reimer, «School attendance as a civic duty v. home education as a human right», en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), pp. 6-15; y A. T. Martin, «Homeschooling in Germany and the United States», en *Arizona Journal of International & Comparative Law* 27 (2010), pp. 228-248.

Portugal, Francia, Italia, Austria y Reino Unido, se admite legalmente la educación en casa sometida a ciertos controles, al contrario de lo que ocurre en Grecia, dos de los Cantones Suizos, Países Bajos, Bulgaria, Rumanía o Croacia, en los que la ley no reconoce la educación al margen del sistema escolar.³⁶

3.1. *Hemundervisning* en Suecia

El 22 de junio de 2010, fecha de la promulgación de la reformada Ley de Educación de Suecia,³⁷ fue un día desafortunado para los defensores del *homeschooling* en este país. Tras varios años en que, pese a estar legalmente admitida, la educación en casa venía siendo sometida a una creciente represión por parte de las autoridades educativas,³⁸ la nueva norma ha venido a prohibir *de facto* cualquier modalidad de educación no oficial en este país escandinavo, al no contemplarla salvo en aquellos casos en que concurren «circunstancias excepcionales» entre las que no se incluyen de forma expresa las convicciones religiosas, filosóficas o morales de los padres.³⁹ Esta nueva situación legal, unida a los cada vez mayores obstáculos que las autoridades locales suecas ponían para la práctica de la educación en casa, ha llevado a algunas de las pocas familias que educan a sus hijos fuera del sistema educativo oficial a tomar la decisión de trasladar su residencia a zonas sueco-parlantes de la vecina Finlandia como las cercanas islas Åland o incluso a Francia o Canadá.⁴⁰

Sin embargo, en un generalizado clima de rechazo a la no escolarización obligatoria, dos recientes sentencias de tribunales locales en Suecia —una primera en el famoso

³⁶ Vid. A.M. Redondo, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y «homeschooling»)*, Valencia, 2003, pp. 138-140 y <http://www.hslda.org/hslinternational/default.asp> (Consultado el 25 de noviembre de 2012).

³⁷ Ley de Educación de Suecia de 23 de junio de 2010 (Skollag; SFS 2010:800).

³⁸ La Ley de Educación de Suecia de 12 de diciembre de 1985 (Skollag; SFS 1985:1100) contemplaba la posibilidad de una educación al margen de la escolarización y sometida siempre a supervisión escolar en su Capítulo 10, artículos 4 y 5. Disponible en versión inglesa en <http://www.government.se/content/1/c6/02/15/138/1532b277.pdf> (Consultado el 26 de noviembre de 2012). Dicha posibilidad estaba supeditada a una previa autorización anual de las autoridades escolares que se otorgaba con carácter individual y que era revocable en cualquier momento, con efecto inmediato, cuando no se permitiese la supervisión de la formación de los menores o cuando cesasen las circunstancias que habían motivado la autorización. Vid. G. Francia, «Obligatoriedad y equidad en el sistema sueco», en *IV Seminario de Educación UAM. Educación: derecho universal y libertades individuales* (J. M. Valle, L. Toribio, dirs.), Madrid, 2010, p. 69. Disponible en <http://lissuu.com/proceX/docs/libroult>. (Consultado el 28 de noviembre de 2012).

³⁹ En efecto, la Ley de Educación de 2010 establece la obligatoriedad de la escolarización para cualquier niño que, estando en edad escolar, habite en territorio sueco salvo los casos expresamente contemplados en la ley (Skollag 2010:800, Capítulo 7, artículo 1). El periodo de escolarización obligatoria comienza el semestre de otoño del año en que el menor cumpla siete años (si bien este ingreso inicial en la escuela se puede retrasar un año cuando concurren circunstancias que lo justifiquen) y finaliza el semestre de primavera de noveno curso (Skollag 2010:800, Capítulo 7, artículos 10 y 12). En el caso de que unos padres deseen educar a sus hijos en el hogar, es preciso que soliciten autorización para ello justificando que se trata de una alternativa educativa viable, garantizando transparencia en la práctica de la misma y demostrando la concurrencia de unas «circunstancias excepcionales» no enumeradas ni definidas en la ley. Al igual que ocurría en la ley de 1985, la autorización tiene una validez anual y puede ser revocada con efectos inmediatos (Skollag 2010:800, Capítulo 24, artículos 23 y 24).

⁴⁰ Vid <http://familjekampanjen.wordpress.com/tag/aland-islands/> ; y <http://www.libertymagazine.org/index.php?id=1774> (Consultados el 28 de noviembre de 2012).

caso del niño Domenic Johansson en relación con la retirada de la patria potestad a los padres; y una segunda favorable a las pretensiones de la comunidad judía Chabad-Luvavitch— han vuelto a situar la cuestión de la educación en familia en el centro de atención de la opinión pública sueca.⁴¹ Pese a lo conocido y mediático del caso Johansson,⁴² voy a detenerme sin embargo en esta ocasión en la segunda de las sentencias mencionadas y que, sorprendiendo tanto a la comunidad *homeschooler* como a las autoridades suecas, ha permitido —al menos de momento— a unos padres judíos poder seguir educando a sus hijos menores de edad fuera del sistema escolar oficial atendiendo al criterio de su mejor interés.⁴³

La comunidad judía Chabad-Luvavitch presente en Suecia, cuenta entre sus miembros con algunos padres que, por motivos religiosos, educan a sus hijos en casa mediante un programa de *homeschooling* a distancia que les permite inculcar a los niños una educación propiamente *yidish*. Una de las familias, la familia Namdar, había sido advertida en reiteradas ocasiones por las autoridades de Goteburgo de que sería objeto de severas multas por cada día que transcurriese sin que procediese a la escolarización de sus cinco hijos menores de edad. Iniciado el correspondiente procedimiento judicial, un tribunal de apelación de Goteburgo ha resuelto recientemente, en una decisión unánime de nueve páginas, permitir que la familia continúe educando a sus hijos en casa al admitir que sus convicciones religiosas puedan ser consideradas como «circunstancias excepcionales» según la ley de 2010, y lo ha hecho atendiendo al mejor interés de los niños, entrando a analizar y valorar la situación educativa y social —actual y potencial— de los menores.

Las reacciones a la sentencia no se han hecho esperar. En primer lugar, la diputada por el partido demócrata-cristiano (*Kristdemokraterna*) y miembro del parlamento sueco por la municipalidad de Goteburgo, Annelie Enochson, ha elevado al gobierno una petición de aclaración de la Ley de Educación de 2010 favorable a una relajación de las limitaciones impuestas por ésta a la educación en casa que podría, según los más optimistas, incluso conducir a una futura matización de la nueva regulación del *homes-*

⁴¹ A modo de ejemplo, el artículo publicado por el periódico Metro: <http://www.readmetro.com/en/sweden/stockholm/20121130/> p. 25 (Consultado el 28 de noviembre de 2012).

⁴² Domenic Johansson es el hijo de una pareja formada por una madre india y un padre sueco, al que se le impidió abandonar Suecia cuando se hallaba con sus padres a bordo de un avión rumbo a la India —país en que la familia tenía previsto establecerse de manera permanente— con el argumento de que el niño no había sido escolarizado por sus padres. En el momento de la intervención de las autoridades sociales de Gotland, el 26 de octubre de 2009, el niño contaba con 7 años y pese a estar en edad escolar, no había asistido a ningún colegio ya que sus padres habían optado por educarlo en casa de acuerdo con lo permitido por la Ley de educación sueca de 1985, habida cuenta de que el inminente traslado a la India le haría interrumpir en cualquier caso el curso escolar. Tras tres años de batalla administrativa y legal, durante los cuales el menor ha estado separado de su familia e internado en centros de acogida, en junio de 2012 un tribunal de distrito resolvió en contra de revocar la patria potestad de los padres. En la actualidad el caso está pendiente de ser revisado por el Tribunal Supremo sueco. Más datos del caso en <http://dominicjohansson.blogspot.com.es/> y <http://friendsofdomenic.blogspot.com.es/> (Consultados el 25 de noviembre de 2012).

⁴³ Dado que la sentencia es de mediados del mes de octubre de 2012, no ha sido posible tener acceso al texto oficial de la resolución, de la que ciertos fragmentos han sido reproducidos en distintos medios de comunicación y foros de internet. Vid. <http://www.americandailyherald.com/pundits/christopher-c-m-warren-y-http://lubavitch.com/news/article/2037051/Swedish-Court-Rules-in-Favor-of-Chabad-Lubavitch-Representatives.html> (Consultados el 28 de noviembre de 2012).

chooling en Suecia.⁴⁴ Por su parte, el gobierno ya ha interpuesto el correspondiente recurso de apelación contra la sentencia, poniendo de manifiesto que persevera en la intención manifiesta de la nueva regulación sueca de la educación en casa, y que no es otra que proteger a niños de familias inmigrantes que se hallaban en situaciones de absentismo escolar por motivos religiosos.⁴⁵

Sin restarle valor a la preocupación real y legítima de un Estado a que desde opciones religiosas extremas se pueda conculcar el derecho a la educación de los menores, en particular de las niñas, bien privándoles de un grado de conocimientos adecuado, bien formándolos en unos valores que contradigan los principios democráticos de convivencia y derechos humanos, lo cierto es que la sentencia del caso de la familia Namdar pone de manifiesto la importancia y operatividad de una concepción adaptable y casuística del concepto del mejor interés del menor frente a concepciones monolíticas y preconcebidas que llegan incluso a vulnerar derechos fundamentales tales como el derecho del menor a la educación y el derecho de los padres a elegir para ellos una educación que sea conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas.

Veremos lo que depara el futuro a la convulsa situación de la educación en casa en Suecia. O utilizando un lenguaje cinematográfico, ...*continuará* ...

3.2. *Domáci vzdělávání* en la República Checa

La educación en casa continúa siendo una modalidad educativa muy incipiente en los países de la denominada Europa del este, y ha merecido hasta la fecha poca atención académica.⁴⁶ Un caso de estudio particularmente interesante entre los antiguos países del bloque oriental en cuanto al modo de aproximarse al *homeschooling* es el protagonizado por la República Checa.

Pese a que la educación en casa no era totalmente desconocida en el pasado no muy remoto del país, al haber estado permitida bajo la Ley Bohemia de educación de 1869,⁴⁷ lejos del reconocimiento legal temprano de fórmulas de *homeschooling* llevado a cabo

⁴⁴ *Motion* 2012/13:Ub223. Versión original en sueco disponible en http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Hemundervisning_H002Ub223/?text=true. La petición se articula en torno a los siguientes puntos esenciales: 1. La importancia de fomentar las relaciones paterno-filiales en Suecia, no sólo por el indiscutible interés personal y familiar de las mismas, sino también en aras al interés social; 2. La importancia de no irrumpir y detener el estilo de vida de todo un concreto colectivo social; 3. El artículo 2 del Protocolo Adicional 1 al CEDH que reconoce el derecho de los padres a que el Estado, en la educación de sus hijos, respete sus convicciones religiosas y filosóficas; y 4. Una reflexión final acerca de que el derecho de los padres no debe impedir que la Ley sueca de educación se aplique a los niños educados en el hogar en lo que se refiere a la supervisión del currículo y a la realización de los pertinentes exámenes nacionales.

La misma diputada ya elevó en 2010 una moción al parlamento sueco en relación con la *hemundervisning* en la que expresaba su preocupación por la entonces en ciernes nueva Ley de educación: *Motion* 2010/11:Ub239 http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Motioner/Hemundervisning_GY02Ub239/?text=true. (Consultados el 28 de noviembre de 2012). Vid. G. Francia, «Obligatoriedad y equidad...», cit. en nota 588, p. 70.

⁴⁵ Vid. <http://www.onenewsnow.com/education/2012/12/29/sweden-pursues-homeschoolers-again> (consultado el 1 de enero de 2013).

⁴⁶ Y. Kostecká, «Home education in the post-communist countries: Case study of the Czech Republic», en *International Electronic Journal of Elementary Education* 3 (2010), p. 30.

⁴⁷ Ley de Educación de Bohemia 62/1869. Vid. H. Hrusková, *Home Schooling in the Czech Republic with Regard to Teaching/Learning English*, 2006. Tesis doctoral de la autora disponible en <http://ldspace.upce.cz/>

por otros ordenamientos post-comunistas,⁴⁸ el legislador checo está siendo muy cauto y progresivo a la hora de introducir alternativas a la escolarización obligatoria. Mediante un sistema de pruebas experimentales previas a intervenciones legislativas, la República Checa está implementando un sistema de educación en casa que en la actualidad parece ir encaminado a fomentar un aumento de las opciones educativas puestas a disposición de los padres, acompañado de una posible disminución de controles estatales,⁴⁹ siempre desde la atención primordial al bienestar de los menores y a la efectiva realización de su derecho a la educación.

A finales de la década de los 90 del siglo pasado, y como consecuencia de la acción y actividad de grupos pro-*homeschooling* en el país, el Ministerio de Educación checo diseñó un experimento de instrucción en casa que habría inicialmente de durar cinco años, y que permitiría realizar un estudio de campo sobre una población específica de alumnos que cursasen los primeros cinco cursos de la educación primaria. La intención del experimento era la de buscar un modelo operativo de educación en el hogar, así como la de verificar empíricamente tanto los resultados obtenidos por los niños desescolarizados como los riesgos potenciales asociados a esta modalidad educativa.⁵⁰

Iniciada en septiembre de 1998, la fase de experimentación estableció como primer mecanismo de control la obligatoria inscripción de los niños en una serie de colegios oficiales que serían los encargados de autorizar, controlar y valorar semestralmente la práctica de la educación en el hogar. Aunque los directores de los colegios autorizantes gozaban de una amplia autonomía para determinar los requisitos exigidos para la práctica supervisada de la educación en casa, la mayor parte de ellos prestaron especial atención al grado de formación académica de los padres, la funcionalidad de la unidad familiar, las condiciones en que se encontraban los espacios físicos utilizados como aulas, la calidad y cantidad de los materiales de trabajo, así como las posibilidades de socialización fuera de la unidad familiar a que tendrían acceso los niños. En algunos casos se requirieron adicionalmente informes médicos o emitidos por consejeros educativos y psicólogos.⁵¹

A la vista de los resultados del experimento llevado a cabo entre 1998 y 2003, el parlamento checo aprobó en 2004 una nueva Ley de Educación en la que, si bien no se menciona la «educación en casa», sí ha introducido el concepto de «educación individual» como modo alternativo de cumplir los objetivos previstos para los niños escolarizados en el sistema oficial.⁵² En resumen, a día de hoy la educación en casa únicamente está globalmente admitida en el país durante los primeros cinco años de la educación primaria, mientras que su ampliación a cursos posteriores está siendo objeto de un segundo proceso experimental. Los padres que deseen ser aceptados como *homeschoolers* han de presentar ante la escuela de su elección una solicitud acompañada de los documentos que acrediten que los educadores de los niños han completado al menos el se-

bitstream/10195/18603/1/D14978.pdf (Consultado el 24 de noviembre de 2012). La ley permitía a los padres educar a los hijos en casa, siempre y cuando los estudios seguidos fuesen equiparables al currículo escolar.

⁴⁸ *Vid. supra* nota 557.

⁴⁹ *Vid. http://www.hslda.org/hslinternational/CzechRepublic/201201230.asp* (Consultado el 24 de noviembre de 2012).

⁵⁰ Y. Kostecká, «Home education..», cit. nota 596, pp. 32 y 36 ss.

⁵¹ *Ibid.* pp. 33 y 37; y H. Hrusková, *Home Schooling..*, cit. en nota 597, pp. 16-19.

⁵² Ley checa de Educación n.º 561/2004 Coll.

gundo grado educativo, un informe realizado por perito educativo o psicólogo, así como información referente a los espacios físicos y recursos pedagógicos y materiales con que cuentan para instruir a los niños. Los menores son sometidos a dos controles pedagógicos al año, y los padres se comprometen a facilitar inspecciones *in situ* de los hogares.⁵³

Como he anticipado, desde 2007 se está llevando a cabo en el país una segunda fase experimental que podría extender la opción de desescolarización hasta el noveno grado, con la particularidad de que en este caso el educador primario de los menores desescolarizados habría de estar en posesión de un título de educación superior.⁵⁴

3.3. Educación en casa en España

Hasta la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, la situación legal de la educación en casa en España era, cuando menos, incierta. En ausencia de previsión legal específica,⁵⁵ jurisprudencia y doctrina se movían cautamente por *territorio ignoto*, supliendo esta falta de regulación con una interpretación conjunta de preceptos de muy diversa índole⁵⁶ aglutinados en torno al contenido y límites del derecho fundamental a la educación y al concepto del interés superior del menor.

En un ejercicio de simplificación, podemos apuntar dos tendencias en el modo en que nuestros tribunales de justicia se han aproximado al fenómeno de la educación en casa: Un sistema *casuístico* de ponderación en el que los órganos jurisdiccionales, par-

⁵³ Y. Kostelecká, «Home education ...», cit. nota 596, pp. 39 y 40.

⁵⁴ Vid. <http://www.hslda.org/hslinternational/CzechRepublic/201201230.asp> (Consultado el 24 de noviembre de 2012).

⁵⁵ Tal vez a excepción de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña, que en el último inciso del apartado 2.º de su artículo 55 parece abrir la puerta a la educación no presencial de enseñanzas obligatorias con carácter excepcional y bajo determinadas circunstancias. Vid. M.^a J. Valero Estarellas, *Derechos educativos y homeschooling en España: Situación actual y perspectivas de futuro*, Trabajo de Fin de Máster. Máster en Derecho Público de la Universidad Complutense de Madrid (2010-2011) disponible en <http://leprints.ucm.es/15784/>, pp. 56 y 57 (Consultado el 21 de noviembre de 2012).

Por su parte, el Decreto 230/2011, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BALORA), prevé que aquellos padres que busquen proporcionar a sus hijos un modo educativo alternativo y no consigan la homologación del sistema pedagógico que han elegido, por no ser ésta posible, no serán objeto de intervención por parte de los servicios sociales. Texto disponible en http://www.euskadi.net/cgi-bin_k54/bopv_42?c&f=20111212&a=201105937 (Consultado el 21 de noviembre de 2012), p. 39.

⁵⁶ En primer lugar, el artículo 27 de la Constitución, dedicado a los derechos educativos, y que no hace referencia alguna a la posibilidad de los padres de poder optar por un modelo educativo alternativo al oficial, si bien enuncia el derecho universal a la educación y la libertad de enseñanza (apartado 1.º); la obligación de los poderes públicos de garantizar a los padres su derecho a «que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (apartado 3.º); y la libertad de creación de centros docentes (apartado 6.º). Así mismo, el artículo 154 del Código civil relativo a la patria potestad; el actual artículo 226.1 del Código penal relativo al delito de abandono de familia; el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor; el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (y los correlativos artículos de las anteriores leyes orgánicas reguladoras del derecho a la educación), y demás legislación autonómica y local aplicable en materia de educación y de bienestar social de los menores de edad.

tiendo de una concepción flexible del derecho a la educación, prestaban especial atención al interés del menor indagando en las consecuencias reales de la no escolarización en su asistencia moral o material; y un sistema *apriorístico* en el que el interés del menor se sigue identificando con su derecho a la educación, si bien se trata de un derecho a la educación más rígido que, sobrepasando la previsión constitucional, integra en su contenido esencial la obligación de escolarización.

Es paradigmática de la primera tendencia la reflexión del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de octubre de 1994 en el famoso caso de los «Niños de Dios»,⁵⁷ que partiendo de la afirmación de que en materia educativa «[n]o existe un modelo uniforme pero sí barreras que el legislador no debe permitir que se traspasen», sostiene que:⁵⁸

«[L]as previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que sus hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones y la libertad de creación de centros docentes. En este terreno se crea un amplio marco que permite variadas opciones educativas, si bien hay una frontera que el legislador considera insuperable: toda tarea educativa se debe desarrollar dentro del respeto a los principios constitucionales. Las técnicas educativas y los modelos pedagógicos pueden ser diversos pero en ningún caso sobrepasar las líneas, necesariamente inmodificables, de los valores constitucionales.»

Y añade el Tribunal:

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

En definitiva, el Tribunal Supremo en esta sentencia identificaba el interés del menor con su derecho a la educación y a recibir una formación dentro del marco constitucional, pero sin llegar a entender que dicha educación hubiese de ser satisfecha de forma exclusiva y excluyente por las instituciones escolares establecidas o autorizadas por el Estado.

El extremo opuesto lo ejemplifican la archiconocida sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010 y sus antecedentes: el voto particular del magistrado Vicente Gimeno Sendra a la también sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de los «Niños de Dios», y las sentencias de las anteriores instancias —el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín y la Audiencia Provincial de Málaga—.

⁵⁷ STS 1669/1994, de 30 de octubre. Esta sentencia resolvía en jurisdicción ordinaria el famoso caso conocido como los *Niños de Dios*. En 1990 las autoridades de Sabadell fueron alertadas de la situación de varios menores que vivían y eran educados en el seno de una organización religiosa que estaba siendo investigada por su posible consideración de secta. La intervención de los servicios sociales catalanes propició la escolarización de los menores y su declaración de desamparo, con la consiguiente retirada de custodia a los padres. Este caso terminó con la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo, así como un segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 260/1994, de 3 de octubre).

⁵⁸ STS 1669/1994, de 30 de octubre, F.J. 4.º.

En la sentencia que el Tribunal Constitucional pronunció en el caso «Niños de Dios», Gimeno Sendra sostuvo⁵⁹ que cuando la disyuntiva de si el derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución consiste «en la total libertad de los padres para orientar [a los hijos] hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual o somática», o «en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente», genere un conflicto de intereses, la balanza ha de inclinarse necesariamente en favor de la segunda premisa. Opina pues este magistrado que el contenido del artículo 27.1 de la Constitución lo que contempla es un derecho del niño no sólo a ser educado, sino también a *ser escolarizado*, sin que la libertad religiosa o de conciencia ampare un derecho de los padres a eludir la obligatoriedad de la escolarización. Esta opinión fue acogida por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Coín, que afirmó que el legislador ha impuesto un indiscutible e incuestionable deber de escolarización que no permite siquiera entrar a valorar la situación social y educativa real de los menores, pese a que había quedado demostrado que éstos eran felices, que se trataba de familias estructuradas y modélicas en las que los padres se preocupaban por la educación y formación de sus hijos y que los menores contaban con aulas perfectamente habilitadas para el aprendizaje dotadas de varios instrumentos musicales.⁶⁰ La Audiencia Provincial de Málaga a su vez insistió en que en el concepto básico de educación está integrada la escolarización, ya que está sirve mejor al interés preferente del menor tanto durante el tiempo de su realización como en el futuro.⁶¹

Recurridas ambas resoluciones ante el Tribunal Constitucional, éste resolvió de forma definitiva la cuestión en su sentencia de 2 de diciembre de 2010 (Sentencia), denegado el amparo solicitado por los padres de los menores por una presunta vulneración del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución. Asienta el Tribunal su decisión en dos argumentos: el primero, que la imposición del deber de escolarización no llega a tener relevancia constitucional ya que los motivos alegados por los demandantes, al ser meramente pedagógicos, quedan fuera del ámbito de protección del artículo 27.3 de la Constitución,⁶² el segundo, que aún cuando se hubiesen alegado motivos que tuviesen acomodo en el artículo 27.3, la imposición del deber jurídico de escolarización constituye un límite incorporado por el legislador constitucionalmente viable, ya que encuentra justificación en el contenido del artículo 27 de la Constitución y no restringe de manera desproporcionada el derecho de los padres en materia educativa.⁶³

O lo que es lo mismo, el Tribunal Constitucional considera que el mejor interés del menor justifica una imposición del deber jurídico de escolarización con exclusión de otras alternativas educativas no institucionales que encuentren perfecto acomodo constitucional, aún cuando esto se haga a costa de limitar hasta el punto de «no ser completamente desconocido» un derecho fundamental como es el de los padres

⁵⁹ STC 260/1994, de 3 de octubre (*vid. supra* nota 607), Voto particular.

⁶⁰ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coín, de 5 de mayo de 2003 FF.JJ. 1.º y 2.º.

⁶¹ SAP de Málaga 548/2005, de 6 de junio, F.J. 5.º.

⁶² STC 133/2010, FF.JJ. 5.º y 6.º.

⁶³ *Ibid.* F.J. 7.º.

sobre la educación de sus hijos.⁶⁴ Sostiene la Sentencia⁶⁵ que aunque la Constitución no exige asimilar *enseñanza básica obligatoria* con *escolarización obligatoria*, es precisamente ésta la que satisface «más eficazmente» un modelo de educación básica que tenga por objeto lo que inicialmente hemos identificado como el mejor interés del menor en el ámbito educativo: una formación que sirva al «pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.»

En conclusión, la sentencia de 2 de diciembre de 2010, ha resuelto el conflicto —en este supuesto, y según el relato de los hechos, parece que sólo aparente— entre el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y el derecho de éstos a ser educados, en favor de considerar que el mejor interés del menor se identifica con el derecho-deber de escolarización obligatoria. Incluso parece apuntar que, aún cuando la regulación legal de opciones educativas alternativas a la escolarización obligatoria podría resultar más conforme con el derecho de los padres a elegir la formación de sus hijos, el interés de éstos continuaría siendo mejor satisfecho mediante su asistencia a la escuela.⁶⁶

3.4. *Instruction en famille* en Francia

El fallido intento del *Badman Review of Elective Home Education*⁶⁷ de iniciar en el Reino Unido una reforma legal que permitiese aumentar los mecanismos públicos de control de la educación en casa, ante el temor de que en algunos casos ésta no fuese sino una pantalla que ocultase situaciones de abuso, desamparo o incluso matrimonios forzados de menores⁶⁸, sí prosperó en Francia a finales de la década de los 90 del siglo XX. En este caso, la preocupación social y del legislador galo por la efectiva realización del interés del menor se avivó como consecuencia de la proliferación en nuestro vecino del norte de ciertos grupos y sectas que, al amparo de una legislación que establecía escasos mecanismos de supervisión de la educación que se llevaba a cabo fuera de la escuela

⁶⁴ Es preciso recordar que, como señala Moreno Antón, la restricción de un derecho fundamental como el alegado por los padres sólo admitiría una limitación de orden público que superase el preceptivo test de proporcionalidad. Los padres carecen de un derecho ilimitado que les permita exponer a sus hijos a una educación que resulte ser lesiva para ellos, pero no es menos cierto que el daño de la acción educativa paterna y su colisión con su derecho a la educación sólo puede juzgarse sobre la base de riesgos concretos, no de meras amenazas o sospechas. Cfr. M. Moreno Antón, «Minoría de edad y...», cit. en nota 563 pp. 32 a 36. También M.ª C. Vidal Fuego, «Cuando el derecho a la libertad religiosa colisiona con el derecho a la educación», en *Revista jurídica de Castilla y León*, Número extraordinario (2004), pp. 318 y 319. Da pistas en este sentido la STS de 30 de octubre de 1994, que indica en su F.J. 4.º cómo «[l]a intervención del derecho penal debe estar reservada para aquellos supuestos en los que las enseñanzas impartidas [por los padres] difunden ideas contrarias a la convivencia o al tolerancia, hacen apología de la violencia, promueven la discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos o favorezcan la prostitución o corrupción de menores.»

⁶⁵ Veremos más adelante cómo el Tribunal Constitucional hace suyos los argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la decisión de inadmisibilidad del caso *Konrad* c. Alemania. *Vid.* epígrafe 2.5.

⁶⁶ STC 133/2010, de 2 de diciembre, F.J. 8 b).

⁶⁷ *Vid. supra* nota 554.

⁶⁸ *Vid.* <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1123182/Home-schooling-cover-child-abuse-sexual-exploitation.html> (Consultado el 19 de noviembre de 2012).

oficial, se ocupaban de la formación de niños⁶⁹. El 18 de diciembre de 1998, con la promulgación de una ley dirigida precisamente a reforzar el control de la obligación escolar⁷⁰, se inició un cambio legislativo que ha hecho que, en la actualidad, y tras las últimas reformas legales operadas en 2007⁷¹, la *instruction en famille* o à domicile continúe siendo legal pero sometida a un doble sistema de control social y pedagógico por parte de los poderes públicos.

La ley de educación francesa (*Code de l'éducation*) establece la obligatoriedad de la instrucción para ambos sexos entre los seis y los 16 años⁷², y aunque declara que la instrucción obligatoria se garantiza prioritariamente en las escuelas, admite igualmente tanto la educación a distancia como la llevada a cabo en casa bien por los dos progenitores, bien por uno de ellos o incluso por un tercero de su elección⁷³. Las familias que desean educar a sus hijos en el hogar pueden optar por inscribirlos en un colegio público o privado, o por realizar una declaración anual de *instruction en famille* ante la autoridad civil y educativa competente. En caso de cambio de domicilio o de tipo de educación, la declaración habrá de realizarse dentro de los ocho días siguientes a dicho cambio⁷⁴. En cuanto a la educación en sí, el contenido curricular de la enseñanza se determina por decreto⁷⁵ y las familias que educan en casa son sometidas a una serie de controles periódicos. Así, con una periodicidad bianual, son objeto de una investigación social del ayuntamiento correspondiente con el fin de determinar los motivos por los que se ha optado por esta forma de instrucción, y para verificar que los niños estén recibiendo una formación adecuada atendiendo a su estado de salud y a las propias condiciones de vida de la familia. También, pero con una periodicidad mínima anual, las autoridades educativas hacen *in situ* una verificación de tipo pedagógico para asegurarse de que la educación que reciben los niños está limitada a los menores de una sola familia y que se ajusta a los fines de la educación prescritos en el propio *Code*⁷⁶.

En definitiva, se trata de un sistema que ha permitido conjugar —sin estar exento de polémica, sobre todo en lo que se refiere al intenso control pedagógico que se ejerce sobre las familias⁷⁷— el interés social por el bienestar efectivo de todos los menores de edad, el derecho de los padres a optar por modelos educativos no oficiales, y el ejercicio por parte

⁶⁹ Cfr. A. M.^a Redondo, *Defensa de...*, cit. en nota 586, pp. 150 a 152; y I. Briones Martínez, «¿La escuela en casa o formación de la conciencia en casa?», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 3 (2003), pp. 13 y 14.

⁷⁰ *Loi n°98-1165 du 18 décembre 1998 tendant à renforcer le contrôle de l'obligation scolaire.*

⁷¹ *Loi n.° 2007-293 du 5 mars 2007.*

⁷² Artículo L131-1 del *Code de L'éducation*.

⁷³ *Ibid.*, artículo L131-1-1 y 2.

⁷⁴ *Ibid.*, artículo L131-5.

⁷⁵ En la actualidad se rige por el *Décret n° 2009-259 du 5 mars 2009 relatif au contrôle du contenu des connaissances requis des enfants instruits dans la famille ou dans les établissements d'enseignement privés hors contrat*, disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=86CF09E02904587B7D27495358FA5D85.tpdjo10v_2?cidTexte=JORFTEXT000020352741&categorieLien=id (Consultado el 23 de noviembre de 2012).

⁷⁶ Artículos L131-10 y L-131-1-1 inciso primero del *Code de L'éducation*.

⁷⁷ En enero de 2012 se promulgó la última circular en materia de «*instruction dans la famille*», *Circulaire n.° 2011-238 du 26-12-2011* (El texto se puede consultar en el siguiente enlace: http://www.education.gouv.fr/pid25535/bulletin_officiel.html?cid_bo=58902). Dirigida a las autoridades encargadas de los controles a las familias que educan a sus hijos en el hogar, ha vuelto a generar una cierta polémica en cuanto al modo en que éstos se realizan. También han surgido propuestas de rebajar la edad de inicio de control a los tres años (*Vid.*

del Estado de sus funciones de supervisión y homologación. Los efectos de esta toma de posición que intenta —insisto, con sus errores y sus aciertos— conjugar los derechos y obligaciones padres y Estado desde una percepción dinámica y casuística del interés de los menores educados en el seno de sus familias, parecen estar siendo positivos. Y es que, pese a que subsisten en algunos sectores de la sociedad francesa las habituales dudas en relación con ciertos aspectos de la educación no reglada, la sospecha de una casi necesaria relación entre educación en familia y sectas parece estar disminuyendo⁷⁸ para dar paso a la creciente consideración de que la decisión de una familia de educar a sus hijos fuera del sistema público o privado no es sino manifestación del ejercicio de un derecho.

3.5. Un tribunal: *homeschooling* y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

He anticipado casi al inicio de este trabajo, que el concepto *mejor interés del menor* se identifica principalmente en el campo educativo con el derecho del niño a tener acceso a una educación acorde con una determinada concepción de este derecho fundamental, concepción cuyo alcance y contenido concreto estará necesariamente condicionado por el papel que en el proceso formativo tengan reconocidos padres y Estado. Así pues, la primera pregunta que se nos plantea a la hora de analizar el trato que modalidades no institucionales de educación han recibido por parte del Tribunal de Estrasburgo (TEDH), es cuál es la doctrina general desarrollada por éste en relación con el derecho fundamental a la educación y con los roles de los tres principales jugadores implicados: menores, padres y Estado.

En el ámbito del Consejo de Europa —que en la actualidad recordemos, abarca la totalidad de los países del continente a excepción de la Ciudad del Vaticano, Bielorrusia y Kazajistán—, tal vez lo primero que merece la pena hacer notar es que la formulación del derecho a la educación incorporada al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales (CEDH) de 1950 presenta notables diferencias respecto a la redacción adoptada por el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, particularmente en relación con el papel que padres y Estado desempeñan en la instrucción. Mientras que la Declaración de Naciones Unidas reconoce a los padres un «derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» y declara la obligatoriedad y gratuidad de la instrucción elemental,⁷⁹ el segundo inciso del artículo 2 del Protocolo Adicional 1 (PA) al CEDH⁸⁰ señala sim-

<http://www.lesenfantsdabord.org/hwp-content/uploads/2012/10/GA36-IEF-1.pdf>. Páginas consultadas el 23 de noviembre de 2012.

⁷⁸ En su último informe de 2009 al Presidente de la República (publicado el 7 de abril de 2010), la *Mission interministérielle de vigilance et lutte contre les dérives sectaires* (MIVILUDES) señala cómo «le choix de l'instruction à domicile n'est en rien synonyme de dérive sectaire et est garanti par la loi. [...] Il doit être à cet égard rappelé que la solution retenue pour ces enfants par leurs familles correspond elle-même à l'exercice d'une liberté et ne doit pas être suspectée par principe, et s'il convient donc d'écarter tout amalgame entre instruction à domicile et risque de dérives sectaires, il faut cependant être conscient que la volonté de ne pas scolariser un enfant dans des structures publiques ou privées sous contrat peut, en des rares cas, ne pas résulter des considérations liées au bien-être [...] de l'enfant. »

⁷⁹ *Vid. supra* notas 577, 578 y 579.

⁸⁰ Las dificultades que surgieron durante la fase de redacción del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 a la hora de hallar una formulación de los

plemente que «[e]l Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.»

Como puede apreciarse, el segundo inciso del artículo 2 PA, lejos de reconocer genéricamente a los padres un derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, lo que viene a establecer es un límite para la actuación del Estado en materia de educación, de modo que los menores queden salvaguardados de cualquier intento de las autoridades públicas de aprovechar las instituciones docentes como un instrumento para el adoctrinamiento ideológico de los niños.⁸¹ Es más, el artículo 2 PA introduce una importante matización al desaparecer el término «preferente» al referirse al derecho de los padres de educar a sus hijos según sus propias convicciones. Esta matización «reconduce el derecho de los padres en cuanto a la educación que han de recibir sus hijos al ámbito de la libertad de conciencia»,⁸² y lo hace en el doble sentido apuntado por Martínez-Torrón: por un lado, la enseñanza, como manifestación del derecho reconocido en el artículo 9 CEDH, forma parte de ese «creer y actuar en conformidad con las propias creencias» que es el contenido del derecho a la libertad religiosa y de conciencia, ya se trate de creencias religiosas ya sean creencias «no religiosas que poseen una intensidad axiológica equiparable»;⁸³ de otro, porque pese a que el niño es titular pleno del derecho a la libertad de conciencia, durante su minoría de edad corresponde a los padres, dentro de las competencias propias de la patria potestad, ejercer el derecho de libertad religiosa y de conciencia en su nombre.⁸⁴

Desde esta particular consideración del derecho de los padres a que la educación y enseñanza de sus hijos se haga conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, el TEDH ha tenido que entrar a conocer, en un importante número de casos, acerca del contenido material y del alcance de los derechos reconocidos en el artículo 2 PA.

derechos educativos satisfactoria para todos, hizo que finalmente éste no incluyera ningún artículo específicamente dedicado a estos. Sin embargo, y poniendo de manifiesto la inseparable relación que existe entre instrucción y libertad de pensamiento, conciencia y religión, el artículo 9.1 del CEDH sí incluyó una mención expresa a la enseñanza, que, como manifestación de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sólo puede ser objeto de aquellas restricciones que, según el apartado 2 del propio artículo 9 CEDH, estén «previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos de los demás.» Cfr. J. Martínez-Torrón, «El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 2 (1986), p. 475.

⁸¹ Vid. J. Otaduy, *Neutralidad ideológica del Estado y del sistema educativo público*, Jornada de Estudio sobre *Educación para la ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española el 17 de noviembre de 2006, p. 6. (Disponible en <http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/Dossier/ciudadanal/JorgeOtaduy.pdf>. (Consultado el 22 de noviembre de 2012).

⁸² L. Martín-Retortillo Barquer, «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 24 (2008), p. 236.

⁸³ J. Martínez-Torrón, «Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Zarauz, 2001, p. 145.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 153. También en A. Valero Heredia, *La libertad de conciencia del menor desde una perspectiva constitucional*, Madrid, 2009, pp. 35 y ss.; y M.^a B. Rodrigo Lara, *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Madrid, 2005, pp. 189 a 196. En relación con el ejercicio de los derechos fundamentales, M. A. Asensio Sánchez, «Minoría de edad y derechos fundamentales: su ejercicio por el menor de edad», en RGDCyDEE 7 (2005), pp. 1 a 30.

Pero sin duda dos sentencias han sido especialmente relevantes a la hora de perfilar las líneas jurisprudenciales básicas que han marcado hasta hoy, siquiera con ciertas matizaciones, la interpretación que el TEDH ha hecho del artículo 2 del PA.⁸⁵

En el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*,⁸⁶ tres matrimonios con hijos en edad escolar que asistían a escuelas públicas se oponían a que éstos recibiesen la educación sexual integrada prevista por la legislación danesa. En la sentencia, que falló a favor del Estado demandado, el TEDH realizó una restrictiva interpretación del derecho reconocido por el artículo 2 PA a los padres a que el Estado, en el ejercicio de sus funciones en materia de educación, respete el derecho a que sus hijos reciban una enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas. El TEDH comienza reconociendo que el derecho previsto en la segunda cláusula del artículo 2 PA está directamente ligado con el deber primordial de los progenitores de asegurar la instrucción sus hijos,⁸⁷ derecho que ciertamente no se circunscribe a la formación religiosa. Por el contrario, el Estado debe respetar las convicciones paternas, sean religiosas o filosóficas, en la totalidad de su programa educativo.⁸⁸ Sin embargo, el TEDH continúa afirmando que si bien la segunda cláusula del artículo 2 PA tiene como objetivo la salvaguardia del pluralismo en la educación, esencial para la preservación de la sociedad democrática tal y como la concibe el CEDH,⁸⁹ el derecho de los padres a que el Estado respete sus convicciones religiosas y filosóficas en la educación de sus hijos no es un derecho absoluto, de modo que éste sólo ampara aquellas pretensiones que se justifiquen en un intento de adoctrinamiento por parte de los poderes públicos.⁹⁰

Esta interpretación que el TEDH ha hecho del derecho de los padres sobre la educación de sus hijos es criticada, a mi entender con razón, por Martínez-Torrón, quien considera que supone una concepción excesivamente restrictiva de los derechos de los padres y de cuáles son los deberes del Estado en supuestos de objeción de conciencia.⁹¹ En este mismo sentido se orientó el voto particular a la propia sentencia *Kjeldsen* formulado por

⁸⁵ En concreto la doctrina sentada en *Kjeldsen* ha sido recogida más recientemente por las sentencias de los casos *Hasan Zengin y Eylen Zengin c. Turquía* y *Folgero y otros c. Noruega*, aunque algunos autores creen apreciar en algunos matices contenidos en tales sentencias una cierta modificación en la doctrina hasta ahora mantenida por Estrasburgo. *Vid.* J. Martínez-Torrón, «La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo», en *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, VVAA, Granada, 2008, pp. 132 y ss.; M.^a J. Roca, «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», en *Los derechos fundamentales en la educación*, VVAA, Madrid, 2008, pp. 180 a 182; y M. A. Jurdado y S. Cañamares, «La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Folgero v. Noruega*», en *Educación y religión...*, cit. *supra*, pp. 146 y ss. En general, Cfr. M.^a J. Gutiérrez de Moral y M. A. Cañivano Salvador, *El Estado frente a la libertad de religión: jurisprudencia constitucional española y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Barcelona, 2003, pp. 109 a 111.

⁸⁶ Sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

⁸⁷ *Ibid.* § 52.

⁸⁸ *Ibid.* § 51.

⁸⁹ *Ibid.* § 50. *Vid.* J. Martínez-Torrón, «Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *RGDCyDEE 2* (2003), pp. 13 y 14.

⁹⁰ *Ibid.* § 53.

⁹¹ *Vid.* J. Martínez-Torrón, «La objeción...», cit. en nota 635, p. 123. Participa de esta opinión L. Ruano Espina, «El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR», en *RGDC y DEE 19* (2009), p. 21. En desacuerdo, L. Martín-Retortillo Barquer, «Los padres tendrán...», cit. en nota 632, pp. 235 y 255.

el juez Verdross, al afirmar que el artículo 2 del PA no pone el límite de la actuación del Estado en la prohibición del adoctrinamiento, sino que exige con carácter general que el Estado respete las convicciones de los padres en la educación de sus hijos, sin referencia alguna a la finalidad perseguida por la organización pública de la enseñanza.⁹²

También ha entrado el Tribunal de Estrasburgo a valorar qué debe entenderse por los términos «respetar» y «convicciones religiosas y filosóficas de los padres» contenidas en el segundo inciso del artículo 2 PA. En *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*⁹³ el TEDH, que hubo de pronunciarse acerca del siempre controvertido tema de los castigos corporales a menores en los colegios británicos,⁹⁴ interpreta de manera amplia el verbo «respetar», al indicar que no es sinónimo de «reconocer» o «tener en cuenta», sino que implica un cierto grado de obligación positiva para el Estado.⁹⁵ Por el contrario, siempre según Tribunal, el término «convicciones» debe ser interpretado de manera restrictiva. Las convicciones no son meras opiniones o ideas, sino creencias que denotan un cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia, mientras que el adjetivo «filosóficas» las cualifica en el sentido de que han de ser convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática, no sean incompatibles con la dignidad humana y que no se opongan al derecho fundamental del niño a la instrucción.⁹⁶

A día de hoy, la jurisdicción de Estrasburgo sólo ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la oposición paterna a la escolarización obligatoria de los hijos en dos casos contra Alemania —país en que el *homeschooling* no está permitido—, que se cerraron con sendas decisiones de inadmisibilidad: el caso *Leuffen*,⁹⁷ resuelto por la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos el 9 de julio de 1992; y el caso *Konrad*, de 11 de septiembre de 2006.⁹⁸ Pese a que ninguna de las decisiones de inadmisibilidad entra a fondo en la cuestión del *homeschooling*, lo cierto es que de algunos de sus pronunciamientos, unidos a la doctrina del Tribunal en materia de educación, se puede deducir un cierto posicionamiento del TEDH favorable a considerar la opción de educar a los hijos

⁹² M.^a J. Roca, «Deberes de los poderes...», cit. en nota 635, pp. 174 y 175.

⁹³ Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.

⁹⁴ Esta delimitación se presentaba como especialmente relevante, dado que una interpretación demasiado amplia de estos términos haría prácticamente imposible cualquier enseñanza normalizada, mientras que una interpretación demasiado estricta dejaría sin efecto el derecho reconocido a los padres en cuanto a la educación religiosa y filosófica de sus hijos. Cfr. L. Martín-Retortillo Barquer, «Los padres tendrán...», cit. en nota 632, p. 260.

⁹⁵ Sentencia *Campbell y Cosans c. el Reino Unido*, § 37.

⁹⁶ Así lo destacan R. Sánchez-Ferriz y C. Elías Méndez, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio: experiencias comparadas*, Valencia, 2002, p. 217. La misma línea argumental seguida en *Campbell y Cosans* de que no toda opinión puede ser considerada convicción, será defendida también en las sentencias de los casos *Efstratiou c. Grecia* y *Valsamis c. Grecia*, ambas de 18 de diciembre de 1996, en las que el TEDH no consideró convicción religiosa la oposición de unos padres testigos de Jehová a la participación de sus hijas en un desfile conmemorativo de la fiesta nacional. Para un examen completo de estas dos sentencias, R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre...*, cit. en nota 572, pp. 254 y ss.

⁹⁷ Dec. Adm. n. 19844/92, de 9 de junio de 1992. En *Leuffen*, la demandante era una madre católica alemana que se negaba a escolarizar a su hijo insistiendo en educarlo ella misma en casa por entender que Dios le había dado la exclusiva responsabilidad y autoridad para formarlo. *Vid.* R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre...*, cit. en nota 572, pp. 263 a 265.

⁹⁸ Dec. Adm. n. 35504/03, de 11 de septiembre de 2006. En *Konrad* nuevamente nos hallamos ante un supuesto en el que unos padres, vinculados a un grupo cristiano fuertemente apegado a la Biblia, se negaban a escolarizar a sus dos hijos menores de edad por razones de índole religiosa.

en casa como una cuestión sujeta a la mera discrecionalidad legislativa de los Estados, y por tanto, desvinculada del derecho reconocido a los padres por el segundo inciso del artículo 2 PA salvo en aquellos casos en que se aprecie una quiebra del principio de neutralidad estatal.

Dos son los argumentos que parecen sustentar la posición de la Corte. El primero, que el establecimiento de un sistema de escolarización obligatoria entra dentro de las facultades del Estado para organizar libremente el sistema educativo. El segundo, que los padres no pueden negar a sus hijos el derecho a la educación sobre la base de sus convicciones, de modo que el único límite para el Estado en relación con la segunda cláusula del artículo 2 PA es cualquier intento de adoctrinamiento. En consecuencia, no parece que en aquellos casos en que un concreto Estado no haya previsto legalmente esta modalidad educativa, esté en la mente del Tribunal el considerar el *homeschooling* como una opción de los padres derivada directamente de su derecho a elegir una formación para sus hijos que esté acorde con sus convicciones religiosas y filosóficas.

A estos dos argumentos centrales, *Konrad* añade un tercero especialmente relevante a la hora de intuir cuál es la concepción que el TEDH tiene de una educación que satisfaga el mejor interés del menor: el componente socializador. Y es que, junto con la adquisición de conocimientos, la Corte parece asumir como propia la opinión expresada por el Tribunal Federal Alemán de que la asistencia a la escuela también incorpora un elemento de integración social que se pierde en la educación en casa, toda vez que, además, el derecho de los padres a educar a sus hijos del modo que entiendan más acorde con sus convicciones no resulta desproporcionadamente limitado, dado que nada les impide formar a sus hijos fuera del horario escolar.⁹⁹

Resulta inquietante que Comisión y Tribunal hagan un análisis tan aparentemente superficial del derecho a la educación y tan restringido del derecho de los padres a que sus hijos sean educados según sus convicciones religiosas y filosóficas. En efecto, sin perjuicio de que ni la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos ni el TEDH, hayan equiparado *educación* con *escolarización obligatoria*, lo cierto es que las decisiones de inadmisibilidad de los casos *Leuffen* y *Konrad* parecen confundir estos dos conceptos, lo cual no deja de generar una cierta perplejidad. Una cosa es que unos padres cuestionen la escolarización como la mejor vía para la satisfacción del derecho a la educación de sus hijos, y otra muy distinta es que dicho rechazo de los padres a la escuela institucional pretenda —o tenga como resultado— privar a los menores de su derecho a la instrucción.

En conclusión, el TEDH concede a los distintos Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad a la hora de optar por el sistema educativo que estimen más

⁹⁹ Ibid. «[t]he German courts have pointed to the fact that the applicant parents were free to educate their children after school and at weekends. Therefore, the parents' right to education in conformity with their religious convictions is not restricted in a disproportionate manner. The compulsory primary school attendance does not deprive the applicant parents of their right to exercise with regard to their children natural parental functions as educators or to guide their children on a path in line with the parent's own religious or philosophical convictions.» En relación con la afirmación del TEDH de que los padres pueden educar a sus hijos fuera del horario escolar, y que por ello no se ven vulneradas sus funciones de educadores, no puedo menos que coincidir con la observación de Navarro-Valls y Martínez Torrón de que se trata de una afirmación extemporánea «en la medida en el que art. 2 PCEDH se refiere precisamente al entorno escolar, no a la educación de los hijos en el ámbito extra-escolar, cuya dependencia de los padres se da por sentada.» R. Navarro-Valls y J. Martínez-Torrón, *Conflictos entre...*, cit. en nota 572, p. 247.

conveniente en cada momento, de modo que tanto sistemas de escolarización obligatoria como sistemas que contemplen opciones educativas alternativas que tengan el hogar como lugar de enseñanza tienen perfecta cabida bajo el artículo 2 PA y el CEDH. Por supuesto, esta discrecionalidad debe en cualquier caso respetar el pluralismo en la educación que pretende salvaguardar la segunda cláusula del Artículo 2 PA, pluralismo que se considera esencial para la conservación de una sociedad democrática en los términos establecidos en el CEDH. Sin embargo, la confusa interpretación del Tribunal acerca de cuál sea el contenido del derecho a la educación en relación con la escolarización, y la importancia que atribuye al elemento integrador que caracterizaría la educación institucional, parecen apuntar a un posicionamiento de la Corte de Estrasburgo favorable a entender que el mejor interés del menor en la educación pasa por recibir una instrucción que no sólo sea adecuada en la adquisición de conocimientos técnicos, sino que vaya además acompañada del componente socializador propio de la escolarización.

4. CONCLUSIONES

El mejor interés del menor en el campo de la educación se identifica con el derecho del niño a recibir una instrucción que obedezca al desarrollo integral de su personalidad, en la que estén aseguradas una suficiencia de contenidos técnicos y una formación en valores democráticos que hagan de él un ser humano y un ciudadano pleno y autónomo. En la efectiva realización de este interés del menor en la educación están comprometidos todos los interesados e involucrados en el proceso madurativo y formativo de niños y jóvenes, especialmente los padres y el Estado.

En Europa, las diversas sensibilidades acerca de cuál sea el tipo de formación que hayan de recibir los niños y el modo en que dicha educación deba ser impartida, han tenido como resultado la implantación de muy diversos modelos en cuanto al tratamiento legal de opciones educativas no institucionalizadas: desde estados que las prohíben y persiguen a otros en que estas opciones están reconocidas en sus constituciones nacionales y se realizan sin una excesiva intervención de las autoridades públicas, pasando por todas las posibles fórmulas intermedias imaginables, tal y como hemos tenido ocasión de apreciar, siquiera de forma breve, a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, parece imponerse en Europa una creciente afirmación del monopolio del Estado en materia educativa a partir de una noción preconcebida y estática de lo que sea el mejor interés del menor, lo cual se traduce frecuentemente en una mayor dificultad para los padres a la hora de hacer valer sus derechos sobre la formación de sus hijos, ya sea en el contexto escolar, ya sea, muy particularmente, en los modelos educativos que se realizan al margen de él. Esta monolítica presencia del Estado en la instrucción formal de los menores se fundamenta en ocasiones en eslóganes educativos y sociales que resultan especialmente atractivos precisamente porque proclaman servir al mejor interés de los niños, y que sin embargo con frecuencia son manifestación de concretas ideologías político-filosóficas cuyos resultados y efectos han sido, además, insuficientemente testados.

Precisamente prevenir cualquier intento de adoctrinamiento de los menores por parte de un Estado que pretendiese, valiéndose de la educación, imponer una suerte de ética o religión civil y laica, es una de las principales preocupaciones del CEDH y, por lo tanto del Tribunal de Estrasburgo. Sin embargo, junto a su loable acción de promo-

ción del pluralismo educativo, el Tribunal no ha avanzado en paralelo en un amplio reconocimiento de los derechos de los padres a elegir la educación que han de recibir sus hijos, más bien lo contrario. Su restrictiva interpretación del alcance los derechos parentales en la formación de los menores, unida al amplio margen de discrecionalidad que se reconoce a los Estados para organizar sus respectivos sistemas educativos y a la especial relevancia que parece otorgar el TEDH al elemento integrador o socializador presente en la escolarización para el interés de los niños, han contribuido a fortalecer la ya de por sí prevalente posición de un Estado que tiende a asumir un cada vez mayor protagonismo en la formación de las futuras generaciones de ciudadanos, olvidando la primaria responsabilidad que los padres tienen en la educación de sus hijos.

La deseable indeterminación apriorística de la noción de mejor interés del menor debería contribuir a una correlativa flexibilización de los sistemas educativos que les permita dar respuesta, de la forma más personalizada posible, a las necesidades pedagógicas y formativas de los niños. Esa flexibilización habría de pasar, en primer lugar, por evitar injustificadas o desproporcionadas restricciones del derecho preferente de los padres a decidir qué tipo de educación desean para sus hijos, que como fundamental que es, exige ser limitado únicamente por causas de orden público necesarias en una sociedad democrática —evitando caer en la tentación de equiparar la mera sospecha con la amenaza real, como parece haber sido el caso del Tribunal Constitucional español—. Pero esta flexibilización necesita igualmente de la matización, por parte de los padres, de posiciones maximalistas que nieguen cualquier tipo de competencia o interés del Estado en materia de educación, y que a la postre hacen de ellos los principales perjudicados de un poder público que recela de una educación no escolar impartida sin supervisión pedagógica o social.

Así pues, cualquier acción legislativa sobre educación en casa que atienda al mejor interés del menor y por lo tanto, sea respetuosa con su derecho a recibir una educación orientada al desarrollo integral de su personalidad, habrá de realizarse, en mi opinión, dentro de dos coordenadas base: primero, desde la mínima restricción posible de la libertad de conciencia de los padres, en su manifestación concreta de su preferente derecho de proporcionar a sus hijos una educación conforme a sus convicciones; y segundo, desde el reconocimiento de que el interés social —y por elevación, estatal— en la educación, justifica la atribución al Estado de una serie de facultades en este campo, principalmente relacionadas con la organización, supervisión y homologación del conjunto del sistema educativo, y cuyo ejercicio ha de estar presidido por ese *favor minoris* que ha de erigirse como criterio de modulación de toda la actividad educativa de los poderes públicos.

Puede que peque de optimismo, pero creo sinceramente que una aproximación a la educación en casa que tuviese como punto de partida la aceptación de estas dos coordenadas, podría llegar a producir resultados equilibradamente satisfactorios para todas las partes implicadas en el debate, y llegar a ser un cauce válido para lograr el compromiso que recoge la que es la sexta y última conclusión de las alcanzadas en el documento suscrito el día 3 de este mismo mes de noviembre en Berlín, en el marco de Primera Conferencia Global de Home Education: «[...] promover la diversidad y el pluralismo en la educación mediante la coordinación formal e informal, con el objetivo de hacer de la educación en casa una legítima opción educativa en cada país y un derecho de todas las familias y todos los niños.»¹⁰⁰

¹⁰⁰ El texto final de la Declaración de Berlín de 2012 está disponible en <http://www.ghec2012.org/Declaration.pdf> (Consultado el 26 de noviembre de 2012).