

LA OBJECION A LA ESCOLARIZACION: ¿Es legal la práctica del homeschool en el ordenamiento jurídico español?

Madalen Goiria. Profesora de Derecho Civil de la EHU-UPV

1. DEFINICIÓN DEL HOMESCHOOL

El homeschool, ha sido definido en numerosas ocasiones y en todas ellas el elemento común es la asunción directa de responsabilidad de los padres sobre el proceso educativo de sus hijos. Esto significa que los padres que han optado por educar a sus hijos en casa no delegan esta tarea en agentes externos, sean éstos públicos o privados. Uno de los autores que ha sido citado con más autoridad en cuanto a la definición del homeschool, o home education, como ella misma lo denomina es Amanda Petrie¹. Esta autora británica define el homeschool como *"la educación a tiempo completo de niños en casa y en el entorno del hogar, por su padres, cuidadores o tutores designados por los padres o guardianes"*². Al otro lado del Atlántico, otra experta en la cuestión de la educación en casa, Patricia Lines, define el homeschool como *"aquella instrucción y aprendizaje, en el que una parte consiste en una actividad planificada, que tiene lugar primordialmente en el hogar con un padre o madre que actúan como supervisores, y con uno o más alumnos que son miembros de la misma familia"*³.

En el Reino Unido, el Departamento de Educación y Ciencia, en uno de sus papeles de consulta define la educación en el hogar de este modo: *"La educación en casa es aquella en la que los padres o tutores deciden proporcionar educación para sus hijos en casa en lugar de enviarlos a la escuela. No es educación a domicilio impartida por una autoridad educativa local. Los niños y niñas educados/as en el hogar son aquellos que debido a una serie de razones son educados en casa y en su entorno por padres, cuidadores o tutores, y no están registrados a tiempo completo en escuelas convencionales, centros de Recogida de alumnos, colegios hogares infantiles con infraestructuras educativas proporcionados por agencias independientes"*⁴.

El gobierno de los Estados Unidos define la educación en casa como: *"La educación de niños y niñas en edad escolar en casa, y no en la escuela"*⁵. Según un estudio publicado por el Instituto Frazer de Canadá, que analiza el homeschool en Canadá y en USA, *"En Los Estados Unidos, en 1980, el homeschool era ilegal en 30 estados. Es legal en los 50 estados desde 1993, sin embargo las normativas difieren en distintos estados, desde una alta regulación, pasando por moderada y finalizando en estados con muy escasa regulación"*⁶.

¹ Amanda Petrie es una investigadora que desarrolla su actividad académica en el Departamento de Educación de la Universidad de Liverpool (UK).

² Amanda Petrie, "Home education and the law" in *Education and the Law*, vol.10, nº 2-2, 99.123-134, 1998.

³ Patricia Lines, "Home instruction: The Size and growth of the Movement", in *Home Schooling Political, historical and pedagogical Perspectives*, Eds. Jane Van Galen and Mary Anne Pitman, Norwood, NJ: Ablex publishing, 1991, p.10.

⁴ Consultation on DfES guidelines for LEA's on Home education, 14, October, 2005.

⁵ Patricia Lines, *Home Schooling private Choices and Public Obligations*, US department of education, office of research, 1993. *"The education of school-aged children at home rather than at school."*

⁶ Patrick Basham, John Merrifield y Claudia R. Hepburn, "Home Schooling: From the Extreme to the Mainstream", *Studies in Education Policy*, Fraser Institute, Vancouver, Canada, 2007.

No existe unanimidad en cuanto a la denominación que corresponde a este tipo de educación, pero ha recibido a lo largo de la historia distintas formas. Así en la Ley de Instrucción Pública de Moyano se denominaba "Enseñanza doméstica"⁷. Hoy en día el término enseñanza no es el más utilizado en el contexto educativo, quizás porque se centra demasiado a la actividad del docente, y se prefieren términos tales como "educación en el hogar", "educación en casa", "educación en familia", "educación desescolarizada" o "escuela en casa", sólo por citar algunas de ellas.

En el Reino Unido toma la denominación de "Home education" "Home based education" o "Education Otherwise" o más recientemente "elective education" aquella que se realiza en lugar distinto a la escuela. Más común es la tendencia a ser denominado "Home school", "Homeschool" o "Homeschooling" proveniente de los Estados Unidos y que se ha extendido por todos los países, sean o no de habla inglesa.

Sea cual fuera su definición es impresionante la cantidad de información que se va acumulando sobre esta materia, no sólo en cuanto a su práctica sino también en cuanto a su cobertura mediática. Si tecleamos Homeschool en Google, nos encontraremos con 13.200.000 referencias. Si tecleamos "Home education" 9.090.000 y si tecleamos "educación en casa" nos encontramos con 254.000 entradas. Los datos del homeschool en USA son bien conocidos y mencionados al inicio de prácticamente cualquier estudio de investigación sobre la materia. Uno de los últimos datos oficiales (2003) cifra el número de homeschoolers en 1.1 millón.⁸

En cuanto a Francia son habituales las denominaciones "L'école à la Maison", "l'instruction en famille" y "l'instruction à domicile". Una búsqueda del primer término nos lleva a la cifra de 47.900 entradas.

En Italia toma la denominación de la "scuola familiare", y una consulta en Google nos lleva a 1010 entradas. Por último, en cuanto a Portugal la denominación que en este país toma esta práctica educativa es "ensino doméstico", que en Google supera las 2000 entradas, 2030 en concreto.

En el Estado Español quizás el término más empleado es el de "educación en casa" que nos lleva en Google a más de 24.000 entradas, 24.100 en concreto. Por otro lado, el término "la educación en el hogar" suma exactamente la mitad, 12.000 entradas. La "enseñanza doméstica" es una terminología en desuso, en Google cuenta con 546 entradas, y no siempre se refieren exactamente al homeschool actual, sino a textos del siglo XIX en los que esta forma de instrucción era habitual.

2. LA SITUACIÓN DEL HOMESCHOOL: EL MARCO LEGAL CONSTITUCIONAL

Es habitual que la legalidad de esta opción plantee un problema a aquellas personas que se acercan o han pensado en optar por educar a sus hijos e hijas en

⁷ Ley de bases de 17 de julio de 1857, autorizando al gobierno para formar y promulgar una ley de Instrucción Pública.

En su artículo 1º, ap.3 se regula esta forma de enseñanza: "3º. *La primera enseñanza podrá adquirirse en las escuelas públicas y privadas de primeras letras y en el hogar doméstico*".

Al tiempo que la Ley de Instrucción Pública de 1857 dedica el TÍTULO III de la SECCIÓN SEGUNDA a lo que denomina "De la enseñanza doméstica"

⁸ NCES National Center for Education Statistic, US DEpartment of Education, Institute of Education Sciences, Issue brief, July 2004.

el hogar. La pregunta frecuente suele ser ¿Es legal en España educar a los hijos en el hogar? La pregunta es sencilla pero no así la respuesta.

En principio, acudiendo al sencillo recurso de estudiar la legislación vigente nos encontramos con variada normativa que desde distintos puntos de vista se acerca a este fenómeno.

En primer lugar la Constitución que dedica su art. 27 al derecho a la educación y a la libertad de enseñanza en estos términos:

1. *Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza*
2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*
3. *Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*
4. *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita*

En el prólogo al estudio sobre la enseñanza básica obligatoria y su enclave en la Constitución de Ana María Redondo Paloma Biglino afirma que "*la configuración constitucional de la educación refleja la libertad y la igualdad a partes iguales, por lo que proyecta, con especial intensidad, algunas de las tensiones inherentes al Estado social y democrático de derecho*"⁹. Estas mismas tensiones son evidentes en otras instancias legislativas, así lo menciona Lorenzo Martín Retortillo (2007), al referirse a la intervención del Juez Terje Wold en su voto particular a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el asunto "Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica", de 23 de junio de 1968¹⁰.

El Juez Terje Wold, en su voto particular a la sentencia de la "Cuestión Lingüística en Bélgica"¹¹ dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumenta su discrepancia con el resto del Tribunal, en referencia a la interpretación que éste realiza del art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de París de 1952, artículo que regula así el derecho a la instrucción: "*A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*".

⁹ Redondo, Ana María, *Defensa de la constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

¹⁰ Martín-Retortillo, Lorenzo, "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrán de darse a sus hijos" (Un estudio de jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos) in *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, nº 37, 2007, pp. 267-356.

¹¹ Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" European Court of Human Rights
Application numbers 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64
Judgment of 23 July 1968

Summary: The Applicants, inhabitants of Alsemberg, Beersel, Kraainem, Antwerp and environs, Ghent and environs, Louvain and environs and Vilvorde, submitted, between 1962 and 1964, six applications, both on their own behalf and on behalf of their children under age, against the Kingdom of Belgium. They argued that provisions of the Belgian linguistic legislation relating to education violated the requirements of Articles 8 and 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("Convention") and Article 2 of the Protocol 1 (P1-2) of March 1952 ("Protocol"). The Commission referred the case to the Court.

Que el derecho a la educación se conciba como derecho de elección se encuentra apoyado fuertemente también en los trabajos preparatorios. El derecho a la educación estaba desde el principio enumerado como uno de los tres derechos familiares (trabajos preparatorios sobre el artículo 2 del Protocolo, p. 5, documento CDH 67, 2) y definido como *"el derecho de los padres de elegir el tipo de enseñanza que debe ser dada a sus hijos"*, y a través de la totalidad de los trabajos preparatorios, en numerosos momentos, el derecho a la educación es mencionado - por todos aquellos que tomaron parte en su elaboración- como un derecho de elección para los padres que debe ser garantizado en una libertad fundamental.

El Juez Wold se expresa en estos términos en su voto particular *"Los trabajos preparatorios muestran también claramente que no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Por el contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado. Es esto, a mi juicio, lo que hay que tomar en consideración cuando se interpreta el artículo 2. No debemos olvidar que Europa, en el momento en que se adoptó el Convenio, acababa de pasar años de supresión de la libertad de aquellos pueblos donde los Gobiernos emplearon todo tipo de medios y presiones para masificar a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Era, por tanto, una finalidad importante del Convenio que esto no se repitiese y que el derecho de educación fuese protegido. En los trabajos preparatorios se pone frecuentemente el acento en este aspecto.*

Así vemos que la Constitución Española sigue el modelo marcado por el art. 2 del protocolo I, Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Artículo 2. Derecho a la instrucción.

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

En la Constitución española el art. 27. 4 es el que recoge esta teoría en estos términos

"Los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

Existe una cierta semejanza entre ambas prescripciones pero ciertamente no coinciden completamente. En el texto del art. 2 del Protocolo 1, no se adjetiva la enseñanza o instrucción que se ha de asegurar, sino que se adjetivan las convicciones de los padres como religiosas y filosóficas.

En cambio, en el texto de la Constitución, que ciertamente parece inspirarse en el art. 2 del Protocolo nº 1 del Convenio, se adjetiva la formación, y se dice que los padres tienen derecho a exigir que sus hijos reciban formación religiosa y moral conforme a sus convicciones. Esto es lo que aquí se adjetiva es la formación, no las convicciones de los padres. El texto de la Constitución resulta así menos rotundo y más sesgado hacia un derecho que parece reconocer el respeto a la formación religiosa, más que un derecho a la educación en general, sin adjetivar qué tipo de educación es la que se está regulando. Y así se expresa en la propia Página Oficial del Congreso de los Diputados¹² que define los diversos artículos de la Constitución, y la interpretación que de ella están dando los Tribunales

¹² Sinopsis del art. 27 de la Constitución elaborada por Raul Canosa Usera, Profesor Titular de la Universidad Complutense, diciembre 2003.

"Reproduciendo otras normas internacionales, en concreto el artículo 2 del Protocolo precitado, el artículo 27.3 garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Es una garantía sobre todo frente a colegios públicos y se ha manifestado, sobre todo, en la organización de la asignatura de religión y de la asignatura alternativa".

La Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, interpreta del mismo modo el derecho a la educación, entendido como libertad, libertad de la que derivan obligaciones prestacionales para el Estado:

"El derecho de todos a la educación, sobre el que en buena parte giran las consideraciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario¹³ de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9.º, de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca".

La interpretación más habitual, sin embargo, implica que el derecho a la educación corresponde a los menores, y por ende el derecho que tiene el Estado de exigir a los padres para que garanticen que sus hijos reciben la educación obligatoria que establece el art. 27 de la Constitución en su apartado 4. De hecho este art. 27 de la Constitución asume los derechos, libertades y obligaciones que corresponde a todas las partes implicadas en el proceso educativo: los menores, los padres y los poderes públicos.

3. LEYES DE EDUCACIÓN DE DESARROLLO CONSTITUCIONAL: LA ASIMILACIÓN DE ESCOLARIZACIÓN CON ENSEÑANZA BÁSICA OBLIGATORIA.

La primera mención legislativa relativa a la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza se produjo con la redacción de la Constitución de la República en 1931. En concreto, en su art. 48 se establece que *"El servicio de la cultura es atribución esencial del estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria"*.

La educación en familia, llamada aquí enseñanza doméstica, es reconocida en la ley básica de educación de 1875 y se contempla la forma en que se estructura en la titulación oficial.

Ley de Bases de 17 de julio de 1857, autorizando al gobierno para formar y promulgar una Ley de Instrucción Pública. (14)

DOÑA ISABEL II, por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas, a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes han decretado y Nos sancionado lo siguiente:

¹³ El subrayado es mío.

¹⁴ Colección Legislativa de España, tomo LXXIII, pp. 68 a 70.

Artículo 1

Se autoriza al Gobierno para formar y promulgar una ley de Instrucción Pública, con arreglo a las siguientes **bases**:

1ª. La enseñanza puede ser pública o privada. El Gobierno dirigirá la enseñanza pública y tendrá en la privada la intervención que determine la ley.

2ª. La enseñanza se divide en tres periodos, denominándose en el primero, primera; en el segundo, segunda, y en el tercero, superior.

La primera enseñanza comprende las nociones rudimentales de más general aplicación a los usos de la vida. La segunda enseñanza comprende los conocimientos que amplían la primera y también preparan para el ingreso al estudio de las carreras superiores. La enseñanza superior comprende las que habilitan para el ejercicio de determinadas profesiones.

3ª. La primera enseñanza podrá adquirirse en las escuelas públicas y privadas de primeras letras y en el hogar doméstico. La ley determinará las condiciones con que han de ser admitidos a los otros periodos de la enseñanza los que hayan recibido en sus casas la primera. La segunda enseñanza se dará en los establecimientos públicos y privados. La ley determinará qué partes o materias de este periodo de instrucción pueden cursarse en el hogar doméstico, y con qué formalidades adquirirán carácter académico. La enseñanza superior sólo se dará en establecimientos públicos. Son establecimientos públicos de enseñanza aquellos cuyos jefes y profesores son nombrados por el Gobierno o sus delegados.

Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 (15)

Doña Isabel II, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas: A todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: que, en uso de la autorización concedida al Gobierno por la ley de 17 de Julio de este año, he venido en resolver, conformándome con el parecer de mi Consejo de Ministros, que rija desde su publicación en la Península e Islas adyacentes, la siguiente:

Ley de Instrucción Pública

Título primero

De la primera enseñanza.

Artículo 1. La primera enseñanza se divide en elemental y superior.

Artículo 2. La primera enseñanza elemental comprende:

Primero. Doctrina cristiana y nociones de Historia sagrada, acomodadas a los niños.

Segundo. Lectura.

Tercero. Escritura.

Cuarto. Principios de Gramática castellana, con ejercicios de Ortografía.

Quinto. Principios de Aritmética, con el sistema legal de medidas, pesas y monedas.

¹⁵ Colección Legislativa de España, tomo LVIII, pp. 256 a 305.

Sexto. Breves nociones de Agricultura, Industria y Comercio, según las localidades.

Artículo 7. La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores o encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas o en establecimiento particular.

Artículo 8. Los que no cumplieren con este deber, habiendo escuela en el pueblo o a distancia tal que puedan los niños concurrir a ella cómodamente, serán amonestados y compelidos por la Autoridad y castigados en su caso con la multa de 2 hasta 20 reales.

Artículo 9. La primera enseñanza elemental se dará gratuitamente en las escuelas públicas a los niños cuyos padres, tutores o encargados no puedan pagarla, mediante certificación expedida al efecto por el respectivo Cura párroco y visada por el Alcalde del pueblo.

Artículo 10. Los estudios de la primera enseñanza no están sujetos a determinado número de cursos: las lecciones durarán todo el año, disminuyéndose en la canícula el número de horas de clase.

Artículo 17. Para principiar los estudios generales de la segunda enseñanza se necesita haber cumplido nueve años de edad y ser aprobado en un examen general de las materias que abraza la primera enseñanza elemental completa.

Título III

De la enseñanza doméstica.

Artículo 156. Serán admitidos a los exámenes de ingreso para la segunda enseñanza, los que hayan adquirido la primera en casa de sus padres, tutores o encargados de su educación, aun cuando no la hubieren recibido de Maestro con título.

Artículo 157. También podrán estudiar los alumnos el primer período de la segunda enseñanza en casa de sus padres, tutores o encargados de su educación, bajo las condiciones siguientes:

Primera. Que tengan la edad señalada en el art. 17.

Segunda. Que se matriculen en el Instituto local o provincial respectivo, para lo cual deberán ser aprobados en un examen general de primera enseñanza y satisfacer la mitad de los derechos de matrícula.

Tercera. Que estudien bajo la dirección de Profesor debidamente autorizado.

Cuarta. Que sufran los exámenes anuales de curso en el Instituto donde estuvieren matriculados.

La preconstitucional Ley General de Educación de 1970 limita el derecho de los padres a elegir el centro educativo autorizado sin hacer más mención de la posibilidad de asumir la educación y enseñanza de los hijos de forma directa. Es evidente la idea del legislador en el sentido de asimilar educación y enseñanza a escolarización. Sin embargo también es notorio que no se hable de escolarización obligatoria. Al margen de lo establecido, las familias que educan y enseñan a sus hijos en casa podrían cumplir con el precepto de darles una Educación General Básica sin contravenir la ley, salvo que se asuma que el único contenido válido de esta Educación General y Básica es el que se determina en un determinado momento en forma de currículum oficial, lo cual es una necesidad puesto que los contenidos curriculares cambian constantemente.

LEY 14/1970, 4 DE AGOSTO, GENERAL DE EDUCACIÓN Y FINACIAMIENTO DE LA REFORMA EDUCATIVA ⁽¹⁶⁾
(LEY VILLAR PALASÍ).

(De la exposición de motivos:) . El período de Educación General Básica, que se establece único, obligatorio y gratuito para todos los españoles, se propone acabar en el plazo de implantación de esta Ley con cualquier discriminación y constituye la base indispensable de igualdad de oportunidades educativas, igualdad que se proyectará a lo largo de los demás niveles de enseñanza.

Artículo dos.

Uno.....

Dos. La Educación General Básica será obligatoria y gratuita para todos los españoles. Quienes no prosigan sus estudios en niveles educativos superiores, recibirán, también obligatoria y gratuitamente, una formación profesional del primer grado.

Una vez conseguidos los fines a que se refiere el párrafo anterior, el Gobierno extenderá al Bachillerato la gratuidad de la enseñanza.

Los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a la Educación General Básica y a una formación profesional del primer grado de forma gratuita.

Tres. Para hacer posible el ejercicio del derecho de los españoles a la educación en **los niveles posteriores al obligatorio**, el Estado dará plena efectividad al principio de igualdad de oportunidades, en función de la capacidad intelectual, la aptitud y el aprovechamiento personal, mediante la concesión de ayudas, subvenciones o préstamos necesarios a los alumnos que carezcan de los indispensables medios económicos.

Cuatro...

Cinco. Se sancionará a quienes incumplan o dificulten el cumplimiento del deber de educación obligatoria.

Artículo tres.

Uno. La educación, que a todos los efectos tendrá la consideración de servicio público fundamental, ...

Dos...

Tres. **El estudio constituye para los alumnos un deber social. El Estado valora y exalta esta actividad, como modalidad del trabajo y la**

¹⁶ B.O.E. n. 187, de 6 de agosto de 1970. Correcciones de errores en B.O.E. de 7 de agosto de 1970 y de 10 de mayo de 1974, y modificación en B.O.E. de 3 de agosto de 1976. Ministerio de Educación y Ciencia (1972): *Colección Legislativa. 1970*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica.

protegerá con la fuerza de la Ley, haciéndola compatible con el cumplimiento de los demás deberes.

Artículo cinco.

Uno. Las Entidades públicas y privadas y los particulares pueden promover y sostener Centros docentes, que se ajustarán a lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

Dos. La familia tiene como deber y derecho primero e inalienable la educación de sus hijos. En consecuencia, constituye una obligación familiar, jurídicamente exigible, cumplir y hacer cumplir las normas establecidas en materia de educación obligatoria, ayudar a los hijos a beneficiarse de las oportunidades que se les brinden para estudios posteriores y coadyuvar a la acción de los centros docentes.

Tres. Los padres, y en su caso los tutores o guardadores legales, tienen **derecho a elegir para los menores e incapacitados los Centros docentes entre los legalmente establecidos** y a ser informados periódicamente sobre los aspectos esenciales del procedo educativo.

Cuatro. Se desarrollarán programas de educación familiar para proporcionar a los padres y tutores conocimientos y orientaciones técnicas relacionadas con su misión educadora y de cooperación con la acción de los Centros docentes.

Cinco. Se estimulará la constitución de asociaciones de padres de alumnos por Centros, poblaciones, comarcas y provincias y se establecerán los cauces para su participación en la función educativa.

La constitución de 1978, en el apartado 27 declara el derecho a la educación de todos los ciudadanos y a la vez consagra la libertad de los padres de elegir el tipo de educación religiosa o moral que consideren adecuada para sus hijos y la libertad de enseñanza dentro del marco de respeto a los principios democráticos de convivencia y libertades fundamentales. Todo ello compatible, de nuevo, con la educación y enseñanza en familia.

En la constitución se encarga al estado garantizar el derecho de todos a la educación poniendo a disposición de las familias medios para facilitar la educación y enseñanza.

De nuevo el legislador elude, de forma razonable, de escolarización. No se reconoce el derecho de todos a la escolarización ni se dice que la escolarización básica es obligatoria y gratuita.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 27 de diciembre de 1978

Artículo 16

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Artículo 27

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

La Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación, ya en el periodo constitucional, abunda en la ignorancia de la educación en familia como una opción educativa. En la exposición de motivos, Reinterpreta el artículo 27 de la Constitución en términos de escolarización y se centra en la ordenación de un sistema privado financiado con capital público.

Al margen de la filosofía expresada en la exposición de motivos de la ley sobre cual es la forma habitual de adquirir la educación y enseñanza básica, la educación en familia puede responder de forma efectiva a los imperativos de la ley expresados en el artículo primero, segundo y cuarto del título preliminar, en los que se define el derecho a la educación, la finalidad de la educación y el derecho de padres y tutores a elegir la educación de sus hijos.

La falta de una vía de reconocimiento de los conocimientos de los niños que se educan en familia estaría en contradicción con los derechos que se proclaman en el artículo sexto 1.B. y 1.G. de la presente ley.

Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, REGULADORA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Exposición de Motivos

.../... Así, tras el derecho a la educación (artículo 27.1 a) se afirma la libertad de enseñanza (artículo 27.1 b); al lado del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que estimen más oportuna para sus hijos (artículo 27.3), figuran el derecho a la libertad de cátedra (artículo 20.1) y la libertad de conciencia (artículos 14, 16, 20, 23). Y si se garantiza la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6), también se responsabiliza a los poderes públicos de una programación general de la enseñanza (artículo 27.5) orientada a asegurar un puesto escolar a todos los ciudadanos. Finalmente, la ayuda a los centros docentes (artículo 27.9) tiene que compaginarse con la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de esos centros sostenidos con fondos públicos (artículo 27.7).

Título preliminar Artículo primero

1. Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de

una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca.

2. Todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho este sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno.
3. Los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno y dos de este artículo.

Artículo segundo

La actividad educativa, orientada por los principios y declaraciones de la constitución, tendrá, en los centros docentes a que se refiere la presente ley, los siguientes fines:

- A) el pleno desarrollo de la personalidad del alumno.
- B) la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.
- C) la adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos.
- D) la capacitación para el ejercicio de actividades profesionales.
- E) la formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España.
- F) la preparación para participar activamente en la vida social y cultural.
- G) la formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos

Artículo cuarto

Los padres o tutores, en los términos que las disposiciones legales establezcan, tienen derecho:

- a) a que sus hijos o pupilos reciban una educación conforme a los fines establecidos en la constitución y en la presente ley.
- B) a escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos.
- C) a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones.

Artículo sexto.

1. Se reconoce a los alumnos los siguientes derechos básicos:

- A) derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad.
- B) derecho a que su rendimiento escolar sea valorado conforme a criterios de plena objetividad.
- C) derecho a que se respete su libertad de conciencia, así como sus convicciones religiosas y morales, de acuerdo con la constitución.
- D) derecho a que se respete su integridad y dignidad personales.
- E) derecho a participar en el funcionamiento y en la vida del centro, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.
- F) derecho a recibir orientación escolar y profesional.
- G) derecho a recibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias de tipo familiar, económico y sociocultural.
- H) derecho a protección social en los casos de infortunio familiar o accidente

2. Constituye un deber básico de los alumnos, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente.

La LOGSE es una continuación y desarrollo de la anterior. En su espíritu se asimila enseñanza y educación a escolarización.

Sin embargo los objetivos que se fijan en preámbulo para la educación son perfectamente compatibles, cuando no más fácilmente alcanzables, con la educación en familia.

En esta ley se crea el Instituto Nacional de Calidad y Evaluación que nos ha permitido saber en que los resultados del sistema educativo presencial están muy por debajo de las expectativas razonables.

Cuando la ley especifica los contenidos obligatorios de la educación en el capítulo preliminar artículo 1 y artículo 2, es evidente que son muy asumibles en la educación en familia. En el punto 5 la ley promete una adaptación a las necesidades individuales que no ha podido cumplir (superdotados, niños con necesidades educativas especiales por trastornos de lateralidad, niños sobresalientes en inteligencias no verbal ni lógico-matemáticas...) mientras que la educación realmente individual en el domicilio si podría acometer.

En los objetivos educativos específicos previstos para la educación infantil, primaria y secundaria no hay nada que realmente se pueda adquirir **únicamente** mediante escolarización presencial. En muchos aspectos la educación en casa se adecua más a la adaptación a las necesidades educativas del alumno, tal como aconseja el texto de esta ley.

LEY ORGÁNICA 1/1.990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. BOE nº 238 de 4 de octubre, (LOGSE)

PREAMBULO

Los sistemas educativos desempeñan funciones esenciales para la vida de los individuos y de las sociedades. Las posibilidades de desarrollo armónico de unos y de otras se asientan en la educación que aquéllos proporcionan.

El objetivo primero y fundamental de la educación es el de proporcionar a los niños y a las niñas, a los jóvenes de uno y otro sexo, una formación plena que les permita conformar su propia y esencial identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y la valoración ética y moral de la misma. Tal formación plena ha de ir dirigida al desarrollo de su capacidad para ejercer, de manera crítica y en una sociedad axiológicamente plural, la libertad, la tolerancia y la solidaridad.

En la educación se transmiten y ejercitan los valores que hacen posible la vida en sociedad, singularmente el respeto a todos los derechos y libertades fundamentales, se adquieren los hábitos de convivencia democrática y de respeto mutuo, se prepara para la participación responsable en las distintas actividades e instancias sociales. La madurez de las sociedades se deriva, en muy buena medida, de su capacidad para integrar, a partir de la educación y con el concurso de la misma, las dimensiones individual y comunitaria. De la formación e instrucción que los sistemas educativos son capaces de proporcionar, de la transmisión de conocimientos y saberes que aseguran, de la cualificación de recursos humanos que alcanzan, depende la mejor adecuación de la respuesta a las crecientes y cambiantes necesidades colectivas.

La educación permite, en fin, avanzar en la lucha contra la discriminación y la desigualdad, sean éstas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, tengan un origen familiar o social, se arrastren tradicionalmente o aparezcan continuamente con la dinámica de la sociedad.

.../...

La ley atribuye una singular importancia a la evaluación general del sistema educativo, creando para ello el Instituto Nacional de Calidad y Evaluación. La actividad evaluadora es fundamental para analizar en qué medida los distintos elementos del sistema educativo están contribuyendo a la consecución de los objetivos previamente establecidos. Por ello, ha de extenderse a la actividad educativa en todos sus niveles, alcanzando a todos los sectores que en ella

participan. Con una estructura descentralizada, en la que los distintos ámbitos territoriales gozan de una importante autonomía, es aún más fundamental contar con un instrumento que sirva para reconstruir una visión de conjunto y para proporcionar a todas y cada una de las instancias la información relevante y el apoyo preciso para el mejor ejercicio de sus funciones. En coherencia con ello, el Instituto Nacional de Calidad y Evaluación contará con la participación de las Comunidades Autónomas.

.../...

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1

1. El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los principios y valores de la Constitución, y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha ley:

- a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno.
- b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.
- c) La adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos.
- d) La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales.
- e) La formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España.
- f) La preparación para participar activamente en la vida social y cultural.
- g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos

../...

Artículo 2

1. El sistema educativo tendrá como principio básico la educación permanente. A tal efecto, preparará a los alumnos para aprender por sí mismos y facilitar a las personas adultas su incorporación a las distintas enseñanzas.

3. La actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios:

- a) La formación personalizada, que propicie una educación integral en conocimientos, destrezas y valores morales de los alumnos en todos los ámbitos de la vida, personal, familiar, social y profesional.
- b) La participación y colaboración de los padres o tutores para contribuir a la mejor consecución de los objetivos educativos.
- c) La efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a todas las culturas.
- c) El desarrollo de las capacidades creativas y del espíritu crítico.
- d) El fomento de los hábitos de comportamiento democrático.
- e) La autonomía pedagógica de los centros dentro de los límites establecidos por las leyes, así como la actividad investigadora de los profesores a partir de su práctica docente.
- f) La atención psicopedagógica y la orientación educativa y profesional.
- g) La metodología activa que asegure la participación del alumnado en los procesos de enseñanza y aprendizaje.
- i) La evaluación de los procesos de enseñanza y aprendizaje, de los centros docentes y de los diversos elementos del sistema.
- j) La relación con el entorno social, económico y cultural.
- k) La formación en el respeto y defensa del medio ambiente.

.../...

5. Las enseñanzas recogidas en los apartados anteriores se adecuarán a las características de los alumnos con necesidades especiales.

.../...

TITULO PRIMERO DE LAS ENSEÑANZAS DE REGIMEN GENERAL CAPITULO PRIMERO

De la educación infantil

Artículo 9

1. La educación infantil comprenderá dos ciclos. El primer ciclo se extenderá hasta los tres años y el segundo desde los tres hasta los seis años de edad.
2. En el primer ciclo de la educación infantil se atenderá al desarrollo del movimiento, al control corporal, a las primeras manifestaciones de la comunicación y del lenguaje, a las pautas elementales de la convivencia y relación social y al descubrimiento del entorno inmediato.
3. En el segundo ciclo se procurará que el niño aprenda a hacer uso del lenguaje, descubra las características físicas y sociales del medio en que vive, elabore una imagen de sí mismo positiva y equilibrada, y adquiera los hábitos básicos de comportamiento que le permitan una elemental autonomía personal.
4. Los contenidos educativos se organizarán en áreas que se correspondan con ámbitos propios de la experiencia y desarrollo infantiles y se abordarán a través de actividades globalizadas que tengan interés y significado para el niño.
5. La metodología educativa se basará en las experiencias, las actividades y el juego, en un ambiente de afecto y de confianza.

Artículo 10

La educación infantil será impartida por maestros con la especialización correspondiente. En el primer ciclo los centros dispondrán asimismo de otros profesionales con la debida cualificación para la atención educativa apropiada a los niños de esta edad.

.../...

CAPITULO II De la educación primaria

Artículo 12

La educación primaria comprenderá seis cursos académicos desde los seis a los doce años de edad. La finalidad de este nivel educativo será proporcionar a todos los niños una educación común que haga posible la adquisición de los elementos básicos culturales, los aprendizajes relativos a la expresión oral, a la lectura, a la escritura y al cálculo aritmético, así como una progresiva autonomía de acción en su medio.

Artículo 13

La educación primaria contribuirá a desarrollar en los niños las siguientes capacidades:

- a) Utilizar de manera apropiada la lengua castellana y la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma.
 - b) Comprender y expresar mensajes sencillos en una lengua extranjera.
 - c) Aplicar a las situaciones de su vida cotidiana operaciones simples de cálculo y procedimientos lógicos elementales.
 - d) Adquirir las habilidades que permitan desenvolverse con autonomía en el ámbito familiar y doméstico, así como en los grupos sociales con los que se relacionan.
 - e) Apreciar los valores básicos que rigen la vida y la convivencia humana y obrar de acuerdo con ellos.
- a) Utilizar los diferentes medios de representación y expresión artística.

- b) Conocer las características fundamentales de su medio físico, social y cultural, y las posibilidades de acción en el mismo.
- h) Valorar la higiene y salud de su propio cuerpo, así como la conservación de la naturaleza y del medio ambiente.
- i) Utilizar la educación física y el deporte para favorecer el desarrollo personal.

Artículo 14

3. La metodología didáctica se orientará al desarrollo general del alumno, integrando sus distintas experiencias y aprendizajes. La enseñanza tendrá un carácter personal y se adaptará a los distintos ritmos de aprendizaje de cada niño.

Artículo 16

La educación primaria será impartida por maestros, que tendrán competencia en todas las áreas de este nivel. La enseñanza de la música, de la educación física, de los idiomas extranjeros o de aquellas enseñanzas que se determinen, serán impartidas por maestros con la especialización correspondiente.

CAPITULO III

De la educación secundaria

Artículo 18

La educación secundaria obligatoria tendrá como finalidad transmitir a todos los alumnos los elementos básicos de la cultura, formarles para asumir sus deberes y ejercer sus derechos y prepararles para la incorporación a la vida activa o para acceder a la formación profesional específica de grado medio o al bachillerato.

Artículo 19

La educación secundaria obligatoria contribuirá a desarrollar en los alumnos las siguientes capacidades:

- a) Comprender y expresar correctamente en lengua castellana y, en la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, textos y mensajes complejos, orales y escritos.
- b) Comprender una lengua extranjera y expresarse en ella de manera apropiada.
- c) Utilizar con sentido crítico los distintos contenidos y fuentes de información, y adquirir nuevos conocimientos con su propio esfuerzo.
- d) Comportarse con espíritu de cooperación, responsabilidad moral, solidaridad y tolerancia respetando el principio de la no discriminación entre las personas.
- e) Conocer, valorar y respetar los bienes artísticos y culturales.
- f) Analizar los principales factores que influyen en los hechos sociales, y conocer las leyes básicas de la naturaleza.
- c) Entender la dimensión práctica de los conocimientos obtenidos y adquirir una preparación básica en el campo de la tecnología.
- d) Conocer las creencias, actitudes y valores básicos de nuestra tradición y patrimonio cultural, valorarlos críticamente y elegir aquellas opciones que mejor favorezcan su desarrollo integral como personas.
- e) Valorar críticamente los hábitos sociales relacionados con la salud, el consumo y el medio ambiente.
- j) Conocer el medio social, natural y cultural en que actúan y utilizarlos como instrumento para su formación.
- k) Utilizar la educación física y el deporte para favorecer el desarrollo personal.

Artículo 20

1. La metodología didáctica en la educación secundaria obligatoria se adaptará a las características de cada alumno, favorecerá su capacidad para aprender por sí mismo y para trabajar en equipo y le iniciará en el conocimiento de la realidad de acuerdo con los principios básicos del método científico.

Artículo 21

1. Con el fin de alcanzar los objetivos de esta etapa, la organización de la docencia atenderá a la pluralidad de necesidades, aptitudes e intereses del alumnado.

La falta de reconocimiento, en las leyes españolas, del derecho de los padres a asumir la educación de sus hijos de forma directa ha provocado roces entre las familias que han optado por ejercer dicho derecho y la administración. El conflicto se ha resuelto en los tribunales de lo penal sentando jurisprudencia a favor de las familias.

En la resolución del tribunal supremo, siendo la causa muy peculiar y alejada de la práctica de la educación en familia habitual en nuestro país, queda bien reflejado que la educación obligatoria se puede obtener también al margen de las aulas convencionales.

La Constitución de 1978 repite este concepto en su art. 27,4, a cuyo tenor "*La enseñanza básica es obligatoria y gratuita*" siendo la única diferencia entre ambas redacciones la sustitución de primaria por básica.

Sin embargo ha sido la normativa de desarrollo del precepto constitucional la que ha establecido la equiparación de los conceptos educación obligatoria y escolarización obligatoria y en concreto, es la Ley 1/1990, de 3 de octubre, Orgánica General del Sistema Educativo (LOGSE), la que introduce por primera vez el concepto de escolarización unido a la obligatoriedad de la educación. Ya desde su preámbulo, se afirma que se "Ha alcanzado la escolaridad total en la educación general básica", y es la encargada de llevar hasta los 16 años la ampliación de la educación básica, así, "*la ley garantiza un período formativo común de diez años, que abarca tanto la educación primaria como la educación secundaria obligatoria*". Dentro del articulado de esta norma destaca a estos efectos el art. 5, a cuyo tenor:

Artículo 5

1. *La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la enseñanza básica. La enseñanza básica comprenderá diez años de escolaridad, iniciándose a los seis años de edad y extendiéndose hasta los dieciséis.*
2. *La enseñanza básica será obligatoria y gratuita.*

No parece ser la intención de esta disposición establecer la conexión definitiva entre educación y escolarización, pero así lo hace, y esa misma conexión continuará en las normas que se publicarán posteriormente, hasta llegar a nuestros días reflejada en la Ley Orgánica 2/2006 de Educación (LOE) prácticamente con el mismo tenor literal:

Artículo 3.3. La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica

Artículo 4. La enseñanza básica

1. *La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3. de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas.*
2. *La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad.*

Con anterioridad a la LOGSE, la LODE (Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación), de 3 de julio de 1985, en su art. 1º establecía que: *"Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de Educación general Básica"*.

Así contemplado, el precepto no implica la equiparación entre educación y escolaridad, sin embargo, es precisamente este artículo 4.1 de la LOE el que sirve de base de la identificación entre enseñanza y educación con escolarización en la normativa en vigor. La referencia a la escolarización obligatoria se convierte en expresión habitual en el preámbulo de esta ley, al punto que llega a trasladar esa terminología a la propia Ley Moyano de 1857. El preámbulo de la LOE afirma que *"La generalización de la educación básica ha sido tardía en nuestro país. Aunque la obligatoriedad escolar se promulgó en 1857 y en 1964 se extendió desde los seis hasta los catorce años, hubo que esperar hasta mediados de la década de los ochenta del siglo pasado para que dicha prescripción se hiciese realidad"*.

Pero la ley de 1857 no establecía la **obligatoriedad escolar**, lo que la ley de 1857 recogía en su art.1 ap. 6º era la obligatoriedad de la enseñanza básica *"La enseñanza pública primera será gratuita para los que no puedan pagarla, y obligatoria para todos, en la forma que se determine"*. A más abundamiento, se establecía que esa **enseñanza obligatoria**, que como la propia ley nos indicaba en el ap. 3º de este mismo art. 1º *"La primera enseñanza podrá adquirirse en las escuelas públicas y privadas de primeras letras y en el hogar doméstico"*, podía adquirirse bien en la escuela o en el hogar doméstico.

4. NORMATIVA ESTATAL CIVIL Y PENAL REGULADORA DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LAS FORMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES .

En cuando a la regulación civil de la relación de patria potestad que une a los padres con respecto a sus hijos menores de edad, se recoge en el Código civil, en concreto en el art.154, que determina que los no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores, para a continuación sancionar que esta potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a su integridad física y psicológica.

Entre las obligaciones de los padres se incluyen las de *"Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral"*

La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional ha modificado ciertos aspectos del ejercicio de la patria potestad, que no tienen una relación directa con la objeción a la escolarización, pero sí modifican hasta cierto punto el marco de obligaciones y derechos en el que se mueve el poder de instrucción de los titulares de la patria potestad, y que afectan a la regulación civil del desamparo derivada del art. 172 del Código Civil. Por una parte, el preámbulo de la ley justifica la oportunidad de la reforma del citado texto legal amparándose en el *"evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172,180 y 268 del Código Civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo a los requerimientos del Comité de derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En consecuencia se modifica el art. 154 del Código Civil en este sentido, quedando así redactado: **"La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a la integridad física y psicológica. Esta***

potestad comprende los siguientes deberes y facultades". Además desaparece el último párrafo de este art. 154, *in fine*, según el cual: "Podrán también corregir razonable y moderadamente a sus hijos", manteniéndose únicamente su parte inicial **"Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad".**

Por otro lado, la normativa que recoge la protección de menores resulta también modificada por la Ley de adopción internacional, de hecho este apartado del Código Civil lleva por título "De la adopción y otras formas de protección de menores", en concreto en los apartados 3 y 6 del art. 172 del Código civil además de que se adicionan dos nuevos apartados séptimo y octavo, pasando así a tener la siguiente redacción:

"7. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

8. La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal.»

Además existe abundante normativa de protección de menores tanto a nivel estatal como autonómico que garantiza la intervención de la Administración para proteger a los menores de las situaciones de desamparo.

La asunción por parte de la Administración de las medidas correspondientes corresponde en virtud de este apartado primero del art. 172 del Código Civil a la entidad pública encomendada a la protección de menores en cada territorio

Artículo 172 del Código civil

- 1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, y notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les*

informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.

Por su parte la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la ley de Enjuiciamiento Civil reserva parte de su redacción a las actuaciones en situación de desprotección social del menor. En concreto el art. 13 de esta ley establece obligaciones para la administración, los profesionales que estén relacionados con los menores e incluso para la ciudadanía en general de este modo:

Artículo 13. *Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva*

1. *Toda persona o autoridad, y especialmente aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise.*
2. *Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización*
3. *Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva. En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.*

Por último, también la jurisdicción Penal se pronuncia sobre esta materia y tipifica el delito de abandono de familia, menores o incapaces en el art. 226 del Código Penal:

1. *El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses*
2. *El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.*

El Centro de estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia ([CJE](#)) publicó en 2004 un amplio estudio suscrito por el Fiscal del Tribunal Supremo, Bartolomé Vargas Cabrera, titulado " Delitos contra los intereses de los menores, especial consideración del abandono de familia".

en el que interpreta la aplicación que haya de darse en los tribunales al art. 226 del Código Penal, entre otros.

Este artículo es la base del delito de abandono de familia: Art. 226: *"El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses"*.

El art. 226 del Código Penal tipifica el delito de abandono de familia, de un modo distinto a como lo hacía el Código penal anterior, y este estudio maneja una comparación entre ambas regulaciones.

He extraído del extenso artículo la parte en la que específicamente se refiere a la desescolarización de los menores, ya que expresamente la resalta como no punible **"No serán punibles por tanto el quebrantamiento de sólo los deberes educativos no escolarizando al hijo por ejemplo ni los meros retrasos o incumplimientos parciales o defectuosos"**

Además del delito de desobediencia del artículo 556 CP aplicable en los casos en los que los padres se nieguen a escolarizar a sus hijos una vez que hayan sido requerido de ello por la autoridad competente:

"Los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año".

En el caso de que la acción no tenga la gravedad suficiente para ser considerada como delito le sería de aplicación la falta de desobediencia del artículo 622 del CP:

"Los padres, tutores o guardadores de un menor que, sin llegar a incurrir, en su caso, en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el juez o Tribunal, apoderándose del menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial o por decisión de la entidad pública que tenga encomendada la tutela, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiere encomendado, o no restituyéndolo cuando estuvieren obligados, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses".

5. NORMATIVA AUTONÓMICA DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES

Todas las Comunidades Autónomas han legislado con la finalidad de proteger a los menores en asunción de sus propias competencias y como resultado de esta actividad legislativa, todas las Comunidades Autónomas cuentan con su normativa específica de protección de los menores. Estas son las normas autonómicas que están actualmente en vigor:

Ley 4/1994, de 10 noviembre, de Protección de Menores de Extremadura.

Ley 7/1994, de 5 diciembre, de la Infancia de Valencia

Ley 1/1995, de 27 enero, de Protección de Menores de Asturias

Ley 3/1995, de 21 marzo, de la Infancia de Murcia.

Ley 6/1995, de 28 marzo, de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia de Madrid.

Ley 8/1995, de 27 julio, de Atención y protección de los niños y los adolescentes y modificación de la Ley 37/1991, sobre medidas de protección de los menores desamparados y regulación de la adopción de Cataluña.

Ley 1/1997, de 7 febrero, Menores de Canarias

Ley 3/1997, de 9 junio, de Protección jurídica, económica y social de la familia, infancia y adolescencia de Galicia

Ley 1/1998, de 20 abril, del Menor de Andalucía

Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha.

Ley 7/1999, de 28 abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria

Ley 12/2001, de 2 julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón

Ley 14/2002, de 25 julio, de Promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León

Ley 3/2005, de 18 febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco

Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de Infancia y Adolescencia de Navarra

Ley 1/2006, de 28 febrero, de Protección de Menores de La Rioja

Ley 17/2006, de 13 noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears.

Un estudio de la normativa de cada una de las Comunidades Autónomas nos lleva a la conclusión de que desde la Ley de protección de menores de Extremadura de 1994, hasta la de 2006 de las Islas Baleares, existe una regulación sustancialmente uniforme que basa esta protección en tres acciones:

1. En primer lugar una defensa al derecho a la educación de los menores que establece la obligatoriedad de la escolarización para el grupo de edad que marca la legislación orgánica marco.

2. En segundo lugar un apartado en el que se especifican las obligaciones de instituciones y personas físicas, en el que se establece la obligación de escolarizar a los menores, y en su caso de denunciar a las autoridades competentes los casos en que se observe menores no escolarizados en los tiempos de actividad escolar y que denota absentismo escolar.

3. Por último se suele incluir un sistema de sanciones en el que se introduce la infracción de la obligación de gestionar la escolarización de los menores a quienes ejerzan la patria potestad así como la infracción de la obligación de velar por la asistencia de los menores a los centros educativos. Estas infracciones suelen considerarse leves o graves y comportan sanciones pecuniarias.

En materia de infracciones y sanciones es habitual el reconocimiento de infracción bien leve o grave el no gestionar la plaza escolar para un menor en período de escolarización obligatoria:

La Ley de garantías de derechos de la infancia de Madrid de 1995 lo sanciona así:

Art. 99 Constituyen infracciones graves:

....

....

7º No gestionar plaza escolar para un menor en período de escolarización obligatoria, por parte de los padres, tutores o guardadores

8º Impedir la asistencia al Centro escolar de un menor en período de escolarización obligatoria, disponiendo de plaza y sin causa que lo justifique, por parte de los padres, tutores o guardadores.

Según el art. 101, que recoge las sanciones, a esta infracción le correspondería una multa desde 500.001 pesetas hasta 5.000.000 pesetas.

Del mismo modo a 14/2002, de 25 de julio, ley de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, establece un sistema de infracciones con este contenido:

Art. 141. Infracciones graves. Constituyen infracciones graves:

...

....

No gestionar los padres, tutores o guardadores plaza escolar para el menor en edad de escolarización obligatoria, así como no procurar o impedir reiteradamente su asistencia al centro escolar sin causa justificada

Art. 143 Sanciones principales

....

Las infracciones graves, con multa de 4000,01 a 500.000 euros.

También la Ley de Protección de la Infancia y Adolescencia de Cantabria de 1999 recoge un régimen similar de infracciones y sanciones:

Art. 93. Infracciones leves. Constituyen infracciones leves:

...

....

No gestionar plaza escolar para un menor en período de escolarización obligatoria por los padres, tutores o guardadores.

No procurar, por los padres, tutores o guardadores, la asistencia al centro de un menor en período de escolarización obligatoria, disponiendo de plaza y sin causa que lo justifique

En cuanto a la sanción que le corresponde:

Art. 96. Sanciones

Infracciones leves: Amonestación por escrito o multa de hasta 500.000 pesetas

Resulta prolija la relación de las normas que corresponden a las 17 comunidades Autónomas que han legislado en este sentido ya que la redacción coincide literalmente allí donde se recoge el régimen sancionador, con la única divergencia de que en algunos supuestos es una falta grave y en otros una falta leve.

Como hemos mencionado anteriormente otro grupo de normas son aquellas que reflejan una obligación para padres, educadores o ciudadanos que leguen a conocer una situación de este tipo. Así lo refleja la Ley de Atención y Protección a la

Infancia y Adolescencia del País Vasco de 2005 que prevé un deber de colaboración con este contenido:

Art. 25. Colaboración interinstitucional y de particulares.

Las autoridades y las personas que tengan conocimiento de que un niño, niña o adolescente en edad de educación obligatoria no está escolarizado, o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, deberán ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, en particular de las autoridades educativas, de las entidades locales y del ministerio fiscal, a fin de que adopten las medidas necesarias para su escolarización o, en su caso, su asistencia al centro escolar.

Del mismo modo la Ley de la infancia de Murcia de 1995, establece en su art. 13 las obligaciones para los ciudadanos, entre ellas:

...

Cualquier persona que tenga conocimiento de que un niño no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

Esta obligación, se convierte en otras ocasiones en una obligación para los centros docentes, así es el caso de la Ley de Menores de Canarias de 1997, a cuyo tenor.

Art. 19. Obligaciones de los centros escolares

Los responsables de los centros escolares y el personal educativo están obligados a colaborar con los servicios municipales competentes para garantizar la escolarización obligatoria.

En otras ocasiones se trata de una obligación que compartes los particulares y quienes por su profesión tengan conocimiento de estas situaciones de desamparo, es el caso de la Ley de Protección Jurídica, económica y social de la familia, infancia y adolescencia de Galicia, de 1997 que establece en su tenor literal

Art 22. Deber de comunicación

Toda persona, y en especial quien por razón de su profesión o función tenga conocimiento de una situación de grave riesgo o posible desamparo de un menor, y sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial o del organismo administrativo competente, que garantizará la reserva absoluta y el anonimato

Asimismo quien tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado y no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación durante el período obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.

En cuando a la situación de desamparo, las distintas normas autonómicas ofrecen distintos modos de sancionar y describir los supuestos que constituyen la situación de desamparo, aunque en todos los supuestos, como norma general, se establece la posibilidad de la comunidad autónoma de asumir la tutela de los menores en situación de desamparo, siendo la falta de escolarización un supuesto de desamparo, expresamente consignado en algunas de las normas, como ya veremos más adelante.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, no ofrece una definición de lo que es la situación de desamparo, ya que se remite para ello al art. 172 1. del Código Civil, tampoco ofrece una casuística de situaciones en las que se podría detectar situación de desamparo. Son, por tanto, las normas que han dictado las comunidades autónomas las que nos ofrece una perspectiva del contenido de la situación de desamparo.

Coinciden en la denominación, utilizando la terminología que derivan tanto de la Ley orgánica como del art. 172 del código civil, pero son más prolijas en cuanto a la regulación de esta situación de riesgo.

Tras el análisis de las concepciones que se producen en derredor de la situación de desprotección social del menor, derivado de la lectura de las distintas normas autonómicas que recogen las situaciones de riesgo y desamparo, se llega a la conclusión de que ambas situaciones son constitutivas de la categoría más amplia de desprotección social pero que inciden con un distinto nivel de gravedad. Para ello me guío por la sentencia de la Audiencia provincial de Bizkaia (sección 4ª) de 5/2002, de 3 de enero. En ella el Tribunal recoge las sentencias del Tribunal Constitucional, 25 de mayo de 1992 y de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre de 1999 respectivamente. Según esta sentencia, la definición legal de la situación de desamparo contempla dos aspectos:

1. Una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección.

2. Un resultado: que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material.

De este modo continúa la sentencia, la existencia de la situación de desamparo obliga a una constatación del estado del menor, es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado, pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de la intervención de la Administración, verificando si aquel tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la ley, **cualquiera que sea quien se los proporcione**, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes de la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste.

La sentencia tiene su interés ya que en algunas de las normativas autonómicas de protección de menores que he revisado se incluye la desescolarización o la inasistencia regular al centro escolar como motivo de desamparo, sin embargo esa apreciación no es automática, según esta sentencia y habría que acudir a comprobar en cada caso la situación particular y actual del menor al momento de la intervención de la administración competente para comprobar si esa desescolarización o inasistencia al centro escolar, conlleva como resultado que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. Situación que raramente se suele dar en los casos de homeschool o educación en casa como consecuencia del ejercicio de la objeción a la escolarización obligatoria.

Se trata de un caso de guarda y acogimiento de menores por razón de desamparo. El Tribunal de Instancia había dictado un auto con fecha 5 de marzo de 2001 según el cual rechazaba la oposición de los abuelos de la menor a la orden foral 980/2000 de 2-2-2000 dictada por la Diputación del Señorío de Bizkaia, departamento de Acción Social que asumía la tutela de la menor Fátima F.S. Los abuelos recurren contra dicho auto ante la AP de Vizcaya que no estima situación de desamparo, debido a que la niña se encuentra bajo el cuidado de los abuelos, presentando el aspecto general de una niña sana y bien cuidada. Razones por las que la Audiencia revoca el auto del Juzgado de Primera Instancia, dejando sin efecto la Orden Foral y obligando a que la menor sea restituida al cuidado de sus abuelos, situación anterior en la que se encontraba.

Básicamente existen dos métodos distintos de regular la situación. Un modelo sería aquel que ofrece una lista de circunstancias que reflejan la situación de desamparo

con gran detalle. No suelen constituir *numerus clausus* y por tanto suelen terminar con un motivo general que englobaría cualquier situación que implicara el incumplimiento genérico de los detentadores de la patria potestad de las obligaciones que les impone la legislación civil, y en concreto el art. 172 del Código Civil.

Dentro de este modelo detallado estarían las leyes dictadas por las comunidades autónomas de Cantabria, Navarra, Islas Baleares, Asturias, La Rioja, Canarias, Andalucía, Galicia, Valencia y Castilla-La Mancha, Extremadura, Castilla y León y Aragón.

Dentro del modelo genérico en el que se establece una situación general al modo de la normativa de la Comunidad Autónoma Vasca¹⁷ se encontrarían además las normas correspondientes a la Comunidad de Madrid, Región de Murcia y Cataluña.

En lo que respecta a aquellas normativas autonómicas que recogen un listado detallado de causas que reflejan una situación de abandono, la mayor parte no recogen entre ellas la causa de falta de escolarización del menor, ya sea entendido como desescolarización o como absentismo escolar de aquellos menores escolarizados. Sí la recogen entre las causas de abandono las normas de Cantabria, Navarra, Asturias, canarias y Andalucía. Resultará ilustrativo el reflejo exacto del tenor en el que la causa resulta reflejada en cada caso.

En el caso de Cantabria, el art.29 de su Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia recoge entre los supuestos de desamparo en el apartado j) la "**Desescolarización reiterada o continuada**". En segundo lugar, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de Infancia y Adolescencia recoge en su art. 50 las causas de abandono, y entre ellas en el ap. h) "**La falta de escolarización habitual del menor**". En tercer lugar la Ley 1/1995, de 27 de enero de protección de Menores de Asturias recoge en su art. 31 la situación de desamparo y entre las circunstancias que concurren se encuentra b) "**La ausencia de escolarización habitual del menor**". En cuarto lugar la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Canarias sanciona el concepto de desamparo en su art. 46, y específicamente las causas de desamparo en su ap. 2, entre ellas el b. "**Cuando no asista de forma reiterada y sin justificación al centro escolar donde se halla matriculado, debido a la conducta negligente de los padres, tutores o guardadores, o se aprecie la ausencia de escolarización del menor, estando en edad para ello**", y por último la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía recoge en su art. 23 entre las causa de desamparo en su ap. "**b) Ausencia de escolarización del menor**".

Sin embargo esto no significa que no pudiera apreciarse la concurrencia de la causa ya que en todo caso podría ser incluida la ausencia de escolarización en la causa genérica derivada del art. 172 del Código Civil.

¹⁷ Así la Ley 3/2005, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco prevé en su art. 56 el Concepto de la situación de desamparo, que define así:

Artículo 56. *Concepto de situación de desamparo*

De conformidad con el art. 172.1 del Código Civil, se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de las persona menores de edad, cuando éstas queden privadas de la necesaria asistencia moral o material.

Artículo 57. *Actuaciones en situación de desamparo*

Cuando la administración pública competente en materia de protección considere que el niño, niña o adolescente se encuentra en situación de desamparo, actuará conforme a los artículos 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de la persona menor de edad, adoptando las medidas de protección oportunas y poniendo estas circunstancias en conocimiento del ministerio fiscal.

Por su parte, la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor distingue dentro del término amplio de la desprotección social del menor, dos grados de distinta gravedad dentro de la desprotección¹⁸.

1. Situaciones de riesgo, en su art. 17, que incluye cualquier situación que perjudique el desarrollo personal y social del menor *"que no requieran la asunción de tutela por Ministerio de la Ley"*.
2. Situaciones de desamparo (art. 18) *"Cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el art. 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquél, adoptando las oportunas medidas y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal."*

A pesar de que en ambos casos actuará la administración competente, sólo asumirá la tutela del menor en el supuesto de desamparo, si se aprecia situación de riesgo, *"la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia"*.

La sentencia de la AP de Vizcaya recoge además una interpretación de la LO 1/1996 y art. 172.1 Código Civil en la que incluye dos aspectos que concurren en el concepto de desamparo:

"1º Una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres o tutores de sus deberes de protección"

"2º Un resultado: que el menor se encuentre privado de la necesaria asistencia moral o material".

La sentencia incide en el hecho de que se trata de una situación objetiva, en concreto la situación de privación de la necesaria asistencia moral o material del menor, siendo indiferente si esa omisión o ejercicio inadecuado es imputable a los padres o a circunstancias de hecho que lo impiden.

Por ello concluye su Fundamento de Derecho segundo con la interpretación del art. 172 del Código civil que coincide con la de la AP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999. Según esta interpretación, si se produjera la situación de desamparo se debiera proceder a una constatación del estado del menor, *"es decir, el lado pasivo de la relación guardador-guardado, pues de lo que se trata, a la hora de determinar si existe o no situación legal de desamparo, es de comprobar la situación real y actual del menor al momento de la intervención de la Administración, verificando si aquél tiene cubiertos o no los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por la Ley, cualquiera que sea quien se los proporcione, porque el precepto no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste, aunque lógicamente, a consecuencia del incumplimiento de aquéllos, de tal suerte que si el incumplimiento discurre por un lado y la situación fáctica del menor por otro, de forma que en ésta ninguna influencia o incidencia supone aquél, el mecanismo de actuación podrá ser otro, pero nunca la calificación como de desamparo de una situación que sólo por*

¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4ª).

Auto núm. 5/2002 de 3 de enero.

Se trata de un caso de guarda y acogimiento de menores por razón de desamparo. El Tribunal de Instancia había dictado un auto con fecha 5 de marzo de 2001 según el cual rechazaba la oposición de los abuelos de la menor a la orden foral 980/2000 de 2-2-2000 dictada por la Diputación del Señorío de Bizkaia, Departamento de Acción Social que asumía la tutela de la menor Fátima F.S. Los abuelos recurren contra dicho auto ante la AP de Vizcaya que no estima situación de desamparo, debido a que la niña se encuentra bajo el cuidado de los abuelos, presentando el aspecto general de una niña sana y bien cuidada. Razones por las que la Audiencia revoca el auto del Juzgado de 1ª Instancia, dejando sin efecto la Orden Foral y obligando a que la menor sea restituida al cuidado de sus abuelos, situación anterior en la que se encontraba.

su referencia a un estado de hecho puede ser llevada a cabo, lo que significa que si ese estado no concurre, que aquella calificación no resulta posible”.

El razonamiento nos lleva en el caso del homeschool a una revelación que puede resultar interesante en estos supuesto, ya que en ellos la situación de los menores no suele ser la de privación de la necesaria asistencia moral o material, antes al contrario, la relación estrecha de los menores con sus padre s o tutores que les están proporcionando la educación en el hogar, lleva a una situación de hecho generalmente calificable como de bienestar tanto físico como psicológico.

La sentencia continúa afirmando en base a la prueba practicada la existencia de una situación de riesgo que precisa *“la intervención de los servicios sociales prestando todo el apoyo que sea posible a la familia al objeto de garantizar en todo caso los derechos que asisten al menor, debiendo estar orientada la actuación de la Administración a disminuir los factores de riesgo...”*

La sentencia de Sevilla, que es en la que se apoya la de la AP de Bizkaia se trata precisamente de un supuesto en el que está en cuestión el derecho del padre, en el ejercicio de su derecho fundamental a la educación, a dar en acogida a su hijo en una “colonia”, situación a la que el tribunal no considera de desamparo, situación que había declarado la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, y había asumido “ex lege” la tutela del menor.¹⁹

Esta sentencia recoge los dos requisitos del desamparo en estos términos: *“Para la situación legal de desamparo se requieren dos requisitos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero, que se produzca por parte de quienes ejercen la guarda del menor una actuación de completa dejación de sus deberes de asistencia moral y material. El segundo, que se constate en los menores un resultado de abandono, es decir que se encuentran carentes de tal asistencia”.*

Más tarde pasa a analizar el contenido del art. 172 del Código Civil al definir la situación de desamparo y a su interpretación, como constatación de la situación real del menor, si tiene o no cubiertos los bienes materiales y morales fundamentales exigidos por las leyes, se quien sea quien los proporcione, como en el caso que nos ocupa un internado, porque el precepto no trata de regular los deberes inherentes a la patria potestad, sino la situación en la que se encuentra el menor.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre, siendo ponente D. Marcos Antonio Blanco Leira. El caso tuvo repercusión en la prensa en su momento, ya que tras la declaración de desamparo de cada uno de los menores la Junta de Andalucía asumió en 1997 la tutela de seis menores internados en la Colonia “Niño Sergio” a la que consideró ser una secta destructiva. Los padres se opusieron a la declaración de desamparo, pero ésta oposición fue desestimada, resolución que fue en cada caso apelada ante la AP de Sevilla por los padres de los menores implicados.

JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN. LAS SENTENCIAS DERIVADAS DE LA INTERVENCIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA SOBRE LA COMUNIDAD DE LOS NIÑOS DE DIOS

En el ordenamiento jurídico interno, dos son las sentencias fundamentales que han recogido el derecho a la educación una dictada por el Tribunal Supremo²⁰, y la otra por el Tribunal Constitucional, ambas relativas a la batalla judicial que se abrió tras la intervención de la Generalitat sobre un asentamiento de la Comunidad de los Niños de Dios en Barcelona.

El caso es conocido debido a la dimensión de la cobertura periodística desde su inicio. Además ha sido objeto de estudio e investigación tanto desde el punto de vista civil como penal, y desde la perspectiva de distintos estudios sobre Nuevos Movimientos Religiosos.

Veamos la cronología de los hechos:

El 10 de julio de 1990 la dirección General de Atención a la Infancia realiza una declaración de desamparo de los niños que constituían esta Comunidad con asunción de la tutela legal de los menores.

Con fecha 23 de julio de 1990, la Dirección General de Atención a la Infancia comunicó al Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Barcelona, la oposición de los padres de los menores a las medidas de protección adoptadas por la Generalitat, concretadas en la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por la citada Dirección General

²⁰ **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1669/1994 DE 30 DE OCTUBRE DE 1994**

FALLO:

El TS declara no haber lugar al recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por el M^o Fiscal, contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona que absolvió a Lucas H.B. y nueve más del delito de fundación de Centro de Enseñanza ilegal entre otros.

ARGUMENTACIÓN:

Las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre libertad de enseñanza y el **derecho de los padres para que los hijos reciban la 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.

.../...

esta posibilidad **excluye del tipo penal a los modelos de enseñanza que desarrollen en el ámbito estricto de un núcleo familiar clásico o incluso comunidades cerradas de estructura cuasi-familiar**, sin perjuicio de la indeclinable obligación de los poderes públicos de velar por el cumplimiento de las previsiones mínimas que no son otras que garantizar el respeto a los principios constitucionales.

La intervención del derecho penal debe estar reservada para aquellos supuesto en los que las enseñanzas impartidas difunden ideas contrarias a la convivencia o a la tolerancia, hacen apología de la violencia, promueven discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos, o favorezcan prostitución o corrupción de menores, sin perjuicio de la protección específica de estos valores en otros preceptos del ordenamiento penal.

.../...

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 formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes**, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores.

El Juzgado de primera Instancia 19 de Barcelona decidió en autos de Jurisdicción voluntaria, desestimar la oposición planteada por los padres a la declaración de desamparo y asunción de tutela por la Generalitat. Los autos, idénticos en su contenido son de 6 de noviembre de 1991, más de un año después de la fecha de la intervención, y en ellos se permite que los niños pasen a permanecer en compañía y guarda de sus padres, bajo supervisión de la dirección General de Atención a la Infancia y del Ministerio Fiscal

El 21 de mayo de 1992 la Audiencia Provincial de Barcelona²¹ se pronunció varios autos la estimación de los respectivos recursos de apelación dejando sin efecto la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizada por la Dirección General de Atención a la Infancia de 10 de julio de 1990, con lo que obliga a la devolución de los niños a sus familias.

Los autos nums. 157 a 163 de 21 de mayo de 1992, idénticos en su contenido, redactados por el presidente del tribunal D. Adolfo Fernandez Oubiña cuentan con multitud de referencias históricas, religiosas, éticas, morales y hasta literarias.

En cuanto a la situación de desescolarización de los menores de la Comunidad el Juez se expresa en estos términos:

*"Y en la que consta la reserva de la facultad educativa sobre los menores y jóvenes que nazcan o ingresen en el grupo con exclusión de la enseñanza estatal, para lo que crean su propio plan de estudios englobando en el conjunto de materias proyectadas preferentemente sobre este ámbito desde un punto de vista autoritario, es decir, mediante la imposición de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes a su peculiar ideología, en primacía a la mera transmisión de conocimientos científicos que, **si bien se imparten igualmente**, lo son después de aquellos considerados como básicos (escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país), eludiendo especialmente la enseñanza superior en beneficio de la práctica (recomendación similar a la del Ministerio de Educación a favor de la Formación Profesional).*

Los autos de la Audiencia Provincial fueron recurridos en amparo ante el Tribunal Constitucional, el 17 de junio de 1992 por la Generalitat de Cataluña, como institución tutelante de los menores. Con la interposición del recurso además la Generalitat pide la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas además de solicitar la suspensión de la ejecución de cada uno de los autos objeto de recurso. La Sala primera del tribunal Constitucional admitió el recurso a trámite pero no accedió a la suspensión del auto recurrido, en cada caso.

En el recurso presentado ante el Tribunal Constitucional el letrado de la Generalitat argumenta de este modo la solicitud de la suspensión del auto de la AP:

La medida protectora básica llevada a término por la Generalitat para evitar el desamparo de los menores fue la obligada por la incumplida escolarización de ellos por parte de sus padres. Tal impedimento de escolarización impide el ejercicio del derecho a la educación que corresponde a los menores tal como ha reconocido el tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia de 10 de julio de 1985.

Como afirma Joan Egea Fernandez²² en su estudio sobre esta sentencia "La Generalitat plantea las demandas de amparo constitucional únicamente en base a

²¹ Audiencia provincial de Barcelona

Rollo nº 0161/92-a

D^a Rosario Martínez Olivares

C/ Generalitat de Catalunya.

Auto dictado en Barcelona a 21 de mayo de 1992.

²² Joan Egea Fernandez. La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por entidad pública, *Derecho Privado y Constitución*, num.5 pg. 253-288 (1995).

la pretendida vulneración del derecho de los menores a la educación, sin referirse al resto de circunstancias personales y familiares que en el proceso a quo también fueron invocadas para fundamentar la declaración de desamparo y asunción de la tutela.

Este autor desliga completamente la situación de desamparo de la desescolarización de los menores. Por un lado afirma que de la falta de escolarización no puede derivarse necesariamente que los padres incumplan el mandato constitucional y derivado del art. 154 del C. civil de proporcionar una educación integral a los hijos. Y además el desamparo no puede deducirse necesariamente de la falta de escolarización, *"ya que podría haberse producido aunque los menores estuvieran escolarizados, si, a pesar de dicha escolarización, la educación y formación que proporcionaban los propios padres en el ámbito familiar tenía una repercusión negativa en la persona de sus hijos"*.

La Generalitat presentó siete demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional contra los autos dictados por la Audiencia Provincial de Barcelona en escritos presentados al Registro del Tribunal el 17 de junio de 1992, como institución tutelante de los niños: En dichos escritos la Generalitat alega violación del art. 24.1 de la Constitución y del derecho a la educación consagrado en el art. 27 números 1,2,3,4 y 5, en relación con el art. 15 de la propia Constitución. Por ello se pide la nulidad de la resolución judicial impugnada y la confirmación del auto del juzgado de primera instancia, además se pide la suspensión de la ejecución del auto objeto del recurso.

El fiscal ante el Tribunal Constitucional estima que en beneficio de los menores procede el mantenimiento de la situación establecida en aquel momento, es decir, que los niños se mantengan en la guarda y custodia de los padres, ya que cualquier cambio de las circunstancias, podría ocasionar consecuencias perjudiciales de difícil reparación.

El letrado de la Generalitat de Cataluña solicita el mantenimiento de la medida que se tomó en su momento, es decir la medida protectora básica llevada a término para evitar el desamparo de los menores por la incumplida escolarización de los menores por parte de sus padres. *"Tal impedimento de escolarización impide el ejercicio del derecho a la educación que corresponde a los menores tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia de 10 de julio de 1985, r.386/85"*.

Según la sentencia mencionada el Tribunal Constitucional²³ ha extraído la obligatoriedad de la "enseñanza" básica, en estos términos: *"La pretendida vulneración del principio de igualdad de que en este punto nos ocupamos se conecta así con una concreta reglamentación del sistema subvencional a la educación y, por consiguiente, su análisis requiere algunas precisiones sobre la relación que media sobre los distintos preceptos incluidos en el artículo 27 de nuestra Ley fundamental, pues mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso el derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados.*

²³ STS, 586/85, de 10 de Julio.

El derecho de todos a la educación, sobre el que en buena parte giran las consideraciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el número 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9.º, de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca”.

Además el letrado de la Generalitat considera que el daño a los menores se produciría si éstos quedaran sujetos a la tutela de sus padres biológicos, ya que el ciclo educativo de la minoría de edad podría verse superado por la duración del propio litigio *“con lo que los menores se verían condicionados para el resto de sus días de forma absolutamente negativa, dadas las circunstancias en que se encuentran”.*

También se persona en el procedimiento la madre de los menores afectados para alegar sobre la suspensión interesada por la Generalitat, y solicitando que se deniegue la suspensión del Auto recurrido y que se restablezca la patria potestad de los hijos a sus padres, por considerar que en ningún momento se han dado las circunstancias que avalasen la situación de desamparo.

En pieza separada de suspensión, con fecha de 19 de abril de 1993, el Tribunal Constitucional deniega la suspensión del Auto de 21 de mayo de 1992 de la Audiencia Provincial de Barcelona, con lo que los menores quedan bajo la custodia de sus padres biológicos durante la tramitación del litigio.

La sentencia del Tribunal Constitucional recayó sobre “Recursos de amparo formulados por la Generalidad de Cataluña contra Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Primera), de 21 de mayo 1992, en asunto de Jurisdicción voluntaria sobre declaración de desamparo y asunción de tutela legal para la escolarización de menores pertenecientes a la secta “Niños de Dios”. Vulneración del derecho fundamental a la educación: inexistencia: **denegación de amparo**”.²⁴

La denegación, sin embargo, no fue unánime y cuenta con el voto particular formulado por el Magistrado Don Vicente Gimero Sendra.

La fiscalía en su escrito de 3 de mayo de 1993 considera que las resoluciones impugnadas no vulneran el art. 27 de la Constitución, ya que este artículo establece un deber prestacional del Estado *“de forma que la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el estado sean exclusiva o excluyentes, de manera que, en caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho”.*

²⁴ La STC resume en estos términos el contenido de los Autos recurridos:

A juicio de la Sala, a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE); en su opinión, no existía prueba suficiente de que la comunidad “Niños de Dios” fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, “escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos de nuestro país”. Se señala, por último, que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros “rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado” y que, en definitiva, debía “prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos”.

Repasando el complejo judicial derivado de la intervención de la Generalitat de Catalunya sobre la Comunidad de los Niños de Dios, un complejo judicial que incluye, sólo en el ámbito civil, en primer lugar la declaración de desamparo por parte de la Dirección General de Atención a la Infancia de 23 de julio de 1990. En segundo lugar los autos del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona desestimando la oposición de los padres al desamparo de 6 de noviembre de 1991. A continuación, los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de mayo de 1992, que dejan sin efecto la declaración de desamparo del Tribunal de Primera Instancia.

A éstos les sigue la interposición de recursos de amparo al Tribunal Constitucional por parte de la Generalitat contra los autos de la Audiencia Provincial que anulaban la declaración de desamparo y obligaban a la Generalitat a reponer a los niños bajo la guarda y custodia de sus padres, recurso que culmina con la sentencia de este Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1994, más de cuatro años después de la intervención de la Administración.

El Tribunal Constitucional define en estos términos los autos dictados por el Magistrado Adolfo Oubiña de la Audiencia Provincial de Barcelona:

A juicio de la Sala, a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE); en su opinión no existía prueba suficiente de que la comunidad "Niños de Dios" fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, "escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de algunos de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país". se señala, por último, que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros, "rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado", y que, en definitiva, debía "prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos".

Creo que es interesante realizar un recorrido por esta sentencia para destacar aquellos aspectos que afectan más directamente a la objeción a la escolarización obligatoria.

Extraeré esos párrafos que han sido además mencionados en otras sentencias y destacados en procedimientos penales que afectaban a la tipificación del abandono. De hecho esta sentencia corresponde a la Sección Penal del Tribunal Supremo, y resuelve el recurso de casación que planteó el ministerio Fiscal contra una sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona que dictó sentencia absolutoria que afectó a Lucas H.B. y nueve más de los delitos de estafa, lesiones, fundación de centro de Enseñanza ilegal y Asociación ilícita de que venían siendo acusados. *"Nuestra Constitución ha colocado la libertad en el pórtico que da entrada a todo el catálogo de derechos y deberes fundamentales y considera el libre desarrollo de la personalidad como el sustento y fundamento del orden político y de la paz social. En la consecución de este objetivo juega un papel trascendental la formación educativa y cultural del individuo. En una sociedad democrática impera el principio de libertad de enseñanza pero es posible, sin vulnerar su extensión, marcar unas pautas orientadoras que constituyen objetivos y metas de carácter programático que no siempre tienen una plasmación específica en la realidad. La educación se debe orientar hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y a formar a los ciudadanos en modelos de tolerancia y de convivencia. Este sistema tiene su cauce en el seno de una sociedad plural en la que también existen otros valores como la*

libertad ideológica y de conciencia que permiten a los padres elegir la formación religiosa y moral que esté más acorde con sus convicciones.

Proclamar la superioridad de un sistema educativo sobre otro nos lleva necesariamente a valernos de juicios de valor basados en presupuestos psicológicos, sociológicos, culturales y morales que abren un debate siempre inacabado que en todo caso, debe mantenerse en el plano científico sin olvidar sus ribetes de neto contenido político. El ser humano tiene una gran capacidad de libertad que le faculta para elegir el camino que estime más adecuado para su formación **permitiéndole ser convencional o apartarse de las reglas estatuidas**, pero el niño es un ser inerte que recibe de los padres y de su entorno todo género de temores, complejos y frustraciones. Trasladar estos factores al campo del Derecho Penal es una tarea difícil y casi siempre insegura. Los jueces no pueden entrar en el santuario de las creencias personales, salvo cuando los comportamientos externos que tienen su origen en una determinada ideología incidan negativamente sobre bienes jurídicos protegidos. En el marco de las relaciones paternofiliales existe una posibilidad intervencionista por parte del derecho que permite adoptar decisiones correctoras de una relación personal indeseable y perjudicial para los intereses del niño, **pero el derecho penal sigue siendo la última línea de actuación y sólo está justificada cuando existe un daño efectivo y real.**

Más adelante la sentencia se adentra en el análisis de la elección educativa efectuada por las personas encausadas por el delito de fundación de centro de Enseñanza ilegal.

El TS ante la sentencia de la Audiencia, y tras valorar los hechos probados afirma que *"Las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que los 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, finalmente, la parte que es más alusiva a la ausencia de reproche penal de las conductas objeto de casación:

*"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.** La familia es un ámbito de relación que puede contribuir a la formación integral de la persona, si bien, limita la posibilidad de interrelaciones personales y sociales necesarias en una sociedad abierta y competitiva. En este punto se puede discrepar de la elección efectuada por los padres de los menores y no es descartable la intervención del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente ante el*

Juez para evitar consecuencia perjudiciales para el menor, pero el ámbito apropiado para ejercitar esta acción protectora es el marcado por el ordenamiento civil.

DERECHO A LA EDUCACION. TUTELA LEGAL. Las resoluciones judiciales se refieren a cuestiones de hecho ponderadas y enjuiciadas, no revisables en vía de amparo. Se debatió no sólo la escolarización de menores, sino la procedencia o improcedencia de los mecanismos de la tutela legal. No impedida la escolarización de los menores y rechazada la asunción de la tutela legal, no se ha infringido ningún derecho constitucional.

T.C. (Sala 1.ª). Sentencia 3 octubre 1994. P.: Cruz Villalón.

Antecedentes de Hecho y Sentido del Fallo

Por razón de la pertenencia de una serie de niños a la secta «niños de Dios», la Generalitat de Cataluña los declara en situación de desamparo y asume la tutela legal. Se formula oposición por los padres. El Juzgado de 1ª Instancia número 19 de Barcelona desestima la oposición; pero en apelación, la Audiencia revoca su resolución y reintegra la potestad y la guarda a los padres (en el fundamento 1 se centran los hechos del debate).

La Generalidad de Cataluña presenta sendos recursos de amparo, uno por cada resolución, que son acumulados y el Tribunal Constitucional los desestima; hay un voto particular.

Primero. Para la correcta delimitación del objeto de los presentes recursos de amparo es preciso recordar, sucintamente, cuáles han sido los avatares de las causas que han concluido con las resoluciones judiciales ahora impugnadas y cuáles las razones y argumentos a cuyo alrededor se han articulado los términos de las demandas interpuestas por la Generalidad de Cataluña.

Por Resoluciones de 10 de julio de 1990, la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento del Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña acordó -de conformidad con lo dispuesto en los arts. 172 y ss. del Código Civil, en el Decreto 332/1988, de 21 de noviembre, de Reasignación de Competencias en Materia de Protección de Menores y en el Decreto 380/1988, de 1 de diciembre, por el que se amplían las competencias y se estructura la Dirección General de Atención a la Infancia- declarar la situación de desamparo de los menores relacionados en los Antecedentes de esta Sentencia y asumir su tutela automática. Tales Resoluciones se basaban en el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales.

Los padres de los menores se opusieron a las medidas acordadas por la Generalidad. Tal oposición fue desestimada por sendos Autos del Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona; en opinión del Juzgado, los menores se encontraban en situación del desamparo y procedía, en consecuencia, la asunción de su tutela por la Administración autonómica. Promovido recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la Sección Primera dictó Autos revocatorios de los de instancia, dejando sin efecto las medidas administrativas adoptadas. A juicio de la Audiencia Provincial, los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física, intelectual, espiritual y moral. Por lo que a su escolarización se refiere, señala la Audiencia que su formación educativa, realizada al margen del sistema de

enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución.

Contra los Autos dictados en apelación se recurre ahora en amparo, alegando infracción del art. 27 (apartado 1 a 5) en relación con el art. 15, ambos de la Constitución. A juicio de la Generalidad de Cataluña, se ha vulnerado el art. 27.1 de la Constitución en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral; entiende que la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el art. 27 de la Constitución reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, sin que tal reserva suponga injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, de forma que, sobre la base de los arts. 15.1 y 15 de la Constitución, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Protocolo Adicional, así como de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 22 de noviembre de 1989 y de la doctrina sentada en la STC 24/1982, hay que concluir que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral.

Sostiene, por el contrario, el Ministerio Público que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria sin dimensión constitucional alguna y resuelta motivadamente por el Tribunal de apelación. A su juicio, no existe vulneración del art. 27 de la Constitución toda vez que no se ha probado que los menores no reciban la educación que tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana de acuerdo con las propias convicciones de los padres en materia religiosa y moral. Para el Ministerio Fiscal, el derecho fundamental a la educación señala a los poderes públicos la obligación de colaborar y ayudar a la efectividad de ese derecho fundamental; aquel precepto declara, en primer lugar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, estableciéndose a continuación la gratuidad de la enseñanza básica y una serie de obligaciones que suponen un deber prestacional por parte del Estado, de forma que la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que, caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho. La Audiencia ha interpretado un término legal como es el del art. 154.1 del Código Civil de forma razonada y fundada y, por tanto, dentro del ámbito de su competencia y función.

Por último, los representantes procesales de los padres de los menores sostienen que la revocación del Auto recurrido supondría la vulneración de los arts. 16 y 27 de la Constitución. En su opinión, es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados. Consideran que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia.

Segundo. Así centrados los términos del debate, es obvio que el objeto de los presentes recursos de amparo no es otro que determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han incurrido o no en infracción del derecho a la educación

establecido en el art. 27 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho que ahora se invoca fue esgrimido ante la jurisdicción ordinaria en el marco de un debate más amplio, en el que lo que esencialmente se discutía era si concurrían o no las circunstancias legalmente exigidas a los efectos de atribuir a la Generalidad de Cataluña la tutela legal de los menores. Entre las razones esgrimidas por la Generalidad para fundamentar su apreciación de que la situación de los menores exigía la asunción de la tutela figuraba la relativa a la no escolarización de los niños, pero también otras tales como las referidas a la pertenencia de sus padres a una secta religiosa. Si bien el Juzgado de Primera Instancia estimó que del conjunto de las circunstancias del caso resultaba la concurrencia de las condiciones necesarias para atribuir a la Generalidad la tutela de los menores, la Audiencia Provincial consideró, por el contrario, que de aquéllas cabía más bien deducir lo contrario. Tratándose, en último término, del examen de una cuestión de hecho -pues no es otra cosa la verificación de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas-, es evidente, como señala el Ministerio Fiscal, que nada puede oponerse sobre el particular en esta sede.

En efecto, el juicio que le han merecido a la Audiencia las circunstancias personales y familiares de los menores es cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal, habida cuenta de que se refiere a cuestiones de hecho ponderadas y enjuiciadas en términos que, por no ser arbitrarios ni absurdos, no pueden ser objeto de revisión en vía de amparo (STC 148/1994). Ciertamente, la Generalidad contrae su demanda de amparo a la sola denuncia de la supuesta vulneración del derecho de los menores a la educación, sin cuestionar el acierto judicial en la apreciación y ponderación de las demás circunstancias personales y familiares invocadas en el proceso a quo para fundamentar su pretensión de asunción de la tutela. Ello no obstante, es de observar que lo debatido en aquellos procesos no era únicamente la cuestión relativa a la escolarización de los menores, sino, con mayor amplitud, la procedencia o improcedencia de la actuación de los mecanismos de la tutela legal, razón por la cual el problema de la escolarización necesariamente se diluía, hasta confundirse, con el resto de las circunstancias objeto de debate. Y, por lo mismo, las resoluciones judiciales que ahora se impugnan se han limitado, en congruencia con los términos de aquel debate, a declarar la improcedencia de la pretensión de la Generalidad y, en consecuencia, a restituir a los padres de los menores la plena potestad sobre los mismos.

Quiere esto decir que los Autos impugnados, con absoluta independencia de las consideraciones y juicios de valor incorporados a sus fundamentos, sobre los cuales este Tribunal no tiene que pronunciarse, no han impedido la escolarización de los menores -único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado-, sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad. La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela, y correspondiente desposesión de la patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación.

Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los Autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no puede servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la Autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido desestimar los recursos de amparo acumulados números 1561, 1562, 1563, 1564, 1565, 1566 y 1567/92.

El planteamiento de la sentencia es claro, pero el voto particular hace dudar del acierto, tanto más cuanto se está jugando con la estabilidad mental de unos menores. El Juzgado de 1ª Instancia había dado la razón a la Generalitat para que asumiera la tutela legal de los menores, aislados en la secta «los niños de Dios». La Audiencia revoca la resoluciones del Juzgado y reintegra los niños a los padres y a la secta. El Tribunal Constitucional, ante quien recurrió en amparo la Generalitat, no da la razón a uno o a otra, sino que estima que es una situación de legalidad, en la que no puede entrar ya que no se ha conculcado ningún derecho constitucional.

LAS SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES EN OTROS CASOS DE DESESCOLARIZACIÓN

A) LA VIA PENAL

Los supuestos de desescolarización que se tramitan en vía penal, tras la denuncia ante la Fiscalía desde los Servicios Sociales, responden, en principio a una situación calificada como abandono o desamparo.

La razón puede ser el absentismo escolar del menor, en aquellos supuestos en que se produce un elevado índice de ausencia a la escuela sin justificar, o puede ser que los padres han desescolarizado a un menor que previamente había asistido al centro escolar de modo habitual.

La causa es diferente y suele ser objeto de análisis por parte del órgano jurisdiccional, en el supuesto de que el caso llegue a los tribunales.

Es cada vez más frecuente el archivo de las diligencias iniciadas en la Fiscalía, y por ello, infrecuentes los supuestos que finalizan en sentencia.

He podido recoger algunos de los casos que han sido juzgados en Audiencias Provinciales.

En 1996 se produjeron tres sentencias, dos de ellas en la Audiencia provincial de Granada y una de la Audiencia provincial de Barcelona de distinto sentido. La primera de ellas, la sentencia 112 de 29 de febrero de 1996, de la AP de Granada estima el recurso de los padres condenados en primera instancia por el juzgado instrucción de Granada por una falta del art. 584,1 de CP a la pena de tres días de arresto menor.

El tribunal de apelación centra el objeto del recurso en la condena a la apelante por la "no escolarización de sus hijos en centro reconocido educacional", acto tipificado entre los previstos por el art. 584 1 del Código Penal, vigente en aquel momento. A más abundamiento el Fundamento de derecho primero el Tribunal ciñe el objeto de análisis en estos términos: *"La cuestión a resolver en este recurso, como lo fue en la sentencia de primera instancia, es la de decidir si la conducta de una persona que ejerce la función de patria potestad sobre sus hijos menores consistente en no escolarizarlos en Centros oficiales o privados autorizados para impartir la Enseñanza General Básica Obligatoria, al no estar conforme, según su opinión, con el sistema oficial que en ellos se sigue y que, a cambio, se les facilita otra posiblemente similar en una Asociación impartida por personal no titulado, integra o no la falta anteriormente especificada, o si, por el contrario, al infringir, en principio, el art. 23 de la LODE, debe quedar al campo meramente administrativo, dentro de las facultades tuitivas que se encomiendan a los Poderes Públicos, en defensa de la protección de la Educación indicada obligatoria con las medidas y acciones pertinentes administrativas propiamente dichas e incluso hechas valer ante los tribunales Civiles, pero distintos de esta penal."*

En el Fundamento de Derecho segundo pasa a analizar la normativa que se ha tenido en cuenta para resolver el asunto.

El marco general es el del art. 27 de la Constitución y el art. 154 del Código civil en cuanto a la educación como uno de los deberes inherentes a su ejercicio, derivado del derecho a la educación que corresponde a todos, especialmente en la etapas primeras de la existencia humana.

En cuanto al Código Penal, se menciona al art. 584,1 como el tipo aplicado, por la omisión a los deberes de guardia y asistencia que no entra en los supuestos previstos por el 487, que se refiere al abandono malicioso o conducta desordenada.

El marco final de su análisis, y el crucial, a la vista del resultado de la sentencia es el art. 27 de la constitución que consagra el derecho de los padres a elegir la educación, "siempre que cumpla los límites mínimos exigibles". La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dos años antes había decretado la "capacidad de libertad del ser humano para elegir el camino que estime más adecuado para su formación, permitiéndole ser convencional o apartarse de las reglas establecidas...", guía la decisión de este Tribunal que no considera oportuno el traslado de estos factores al

campo del derecho penal, y repite en su sentencia lo establecido en 1994 por el Tribunal Supremo: *El juez no puede entrar en el santuario de las creencias personales y en el marco de las relaciones personales, la posibilidad intervencionista por parte del derecho permite adoptar decisiones correctoras de una relación perjudicial APRA los intereses del niño, pero el derecho penal sigue siendo la última línea de actuación y sólo está justificada cuando existe un daño efectivo, real y trascendente.*

Por todo ello el Tribunal se decanta por la opción de que la decisión sobre si existe un derecho público subjetivo de libertad en la posibilidad de creación de centros de enseñanza, o ese derecho de libertad de educación propia o para los menores bajo la guarda, custodia o asistencia se constriñe a optar necesariamente por los centros existentes, reconocidos administrativamente, debe ser resuelto en jurisdicciones ajenas a lo penal.

Así la sentencia es favorable a los intereses de los apelantes ya que decide al conducta que consistía en la desescolarización de los menores para ser educados en el hogar, no entra dentro del tipo del num. 584 del Código Penal..Por ello procede a la revocación de la sentencia apelada, absolviendo a la acusada de la falta por la que fue condenada, aunque establece en último término que todo ello *"sin perjuicio de la incidencia en otros órdenes"*.

La SAP Granada 132/1996

Otra sentencia de Granada recoge un supuesto semejante, pero se resuelve en sentido contrario. Se trata de una imputación a padres que desescolarizan a su hija y que son condenados por la falta del art. 584,1 del Código Penal a la pena de quince días de arresto menor. La tipificación de la conducta, por tanto, coincide en ambas sentencias.

La diferencia es, quizás, que en el supuesto anterior, los menores estaban matriculados en algún tipo de institución, aunque no fuera reconocida oficialmente, mientras que en este caso queda probado que "los padres no proporcionan enseñanza alguna, ni por supuesto se acogen a ningún modelo educativo", esgrimiendo como razón para la desescolarización que la menor "le hace falta en casa".

Es posible que en este supuesto nos encontremos ante un supuesto de desescolarización i absentismo común y no ante un caso de objeción a la escolarización.

Queda patente que en el supuesto de objeción a la escolarización, en el que el menor recibe educación en el hogar la sentencia es favorable a los intereses de los padres, mientras que en el presente caso de "absentismo" con desescolarización se aprecia un supuesto de abandono de los deberes inherentes a la patria potestad.

De hecho la sentencia actual se refiere expresamente a los supuestos de objeción a la escolarización al declarar expresamente que: *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, y de lo anterior se desprende que los padres pueden escoger el modelo educativo que tengan por conveniente, pero si éste no es el adecuado para el menor será el ámbito civil donde el ministerio fiscal podrá ejercitar la acción protectora, pues es este caso aquellos han procurado la enseñanza a sus hijos, acertada o desacertada, pero que hace que su conducta escapa de la órbita del derecho penal, pero si por el contrario no proporcionan a sus hijos menores enseñanza alguna está claro que estonce infringen abiertamente ese deber que la patria potestad e impone y su conducta*

encaja en la que prescribe el art. 584.1 del Código Penal". Hasta aquí la referencia directa a la sentencia del Tribunal Supremo de 1994 en la que absuelve a la Comunidad de los Niños de Dios de responsabilidad penal por abandono de los menores a su cargo.

En esta sentencia, aunque el resultado final es la desestimación del recurso de apelación contra una sentencia del Juzgado de Menores de Granada que condena a los padres de un menor a quince días de arresto menor por retirarla del centro educativo en el que hasta entonces se encontraba escolarizada impulsado por los condenados, aún así, en el Fundamento de Derecho SEXTO se hacen entre otras las siguientes precisiones jurídicas, haciéndose eco de los fundamentos jurídicos que recoge la Sentencia del tribunal supremo de 30 de octubre de 1994.

"En el marco de las relaciones paterno-filiales existe una posibilidad intervencionista por parte del derecho que permite adoptar decisiones correctoras de una relación personal indeseable y perjudicial para los intereses del niño, pero el derecho penal sigue siendo la última línea de actuación y sólo está justificado cuando existe un daño efectivo y real; una conducta moralmente rechazable y éticamente desaconsejable merece, sin duda, un reproche social, pero el castigo penal sólo está justificado cuando las conductas inciden directamente sobre bienes jurídicos específicamente tutelados, previa su tipificación delictiva; las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que los hijos reciban formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones y la libertad de crear 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; de forma que las técnicas educativas y los modelos pedagógicos pueden ser diversos, pero en ningún caso sobrepasar las líneas, necesariamente inmodificables de los valores constitucionales, 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; y de lo anterior se desprende que los padres pueden escoger el modelo educativo que tengan por conveniente, pero si éste no es adecuado para el menor, será el ámbito civil donde el Ministerio Fiscal podrá ejercitar esa acción protectora, pues en este caso aquéllos han procurado una enseñanza a sus hijos, acertada o desacertada, pero que hace que su conducta escape a la órbita del derecho penal"

Esta sentencia viene a corroborar la tesis de la Ana María Redondo, en el sentido de que la teoría del desamparo tipifica una conducta de los padres que por indolencia privan a sus hijos de la formación necesaria para incorporarlos en condiciones a una sociedad moderna y competitiva, mientras que la situación de aquellos que optan por la enseñanza en el hogar, muy lejos de la conducta tipificada, que incorpora ese ingrediente de falta de atención por el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad, muestran una preocupación hasta cierto punto superior a la de los progenitores en general, y deciden asumir en solitario y con todas las consecuencias la gran responsabilidad de educar por sí mismos a sus hijos e hijas.

Sentencia de Audiencia provincial de Barcelona de 14 de febrero de 1996

La única cuestión objeto del recurso es, según la Audiencia, es si el *"hecho de no escolarizar a un hijo menor, por no estar conforme con la Enseñanza General Básica que se imparte en los centros oficiales, facilitándole a cambio una formación al parecer adecuada dentro de una determinada Asociación e impartida por*

personal no titulado, integra una conducta encuadrable en la falta prevista y penada en el art. 584-1º del Código Penal”.

De nuevo el caso queda perfectamente enmarcado dentro de aquellos que corresponden aun ejercicio de la objeción al sistema escolar, u objeción a la escolarización por motivos ideológicos de los padres.

El principio de intervención mínima y envío del caso a la jurisdicción administrativa por infracción del art. 23 de la LODE, se reproducen en el Fundamento Primero de la Sentencia. Así como la distinción, para poder inscribir la conducta dentro del ámbito del art. 584-1º del Código Penal, de si se está proporcionando algún tipo de educación a los menores. La dicotomía queda expresada en estos términos: *para que tal conducta tenga relevancia penal es preciso que no se le dispense ningún tipo de educación y formación al menor, quedando excluidos todos aquellos otros casos en que los menores reciben la correspondiente y adecuada formación, aunque en el mismo ámbito familiar, sin estar escolarizados en centros oficiales, como ocurre en el caso que estamos examinando, pues la formación educativa efectuada al margen de la enseñanza oficial es perfectamente aceptable en el marco de libertades diseñado por la Constitución.*

B) LA VIA CIVIL

Por vía civil sólo un caso ha sido resuelto de manera desfavorable a las personas que pretendían desescolarizar a sus hijas a pesar de la denuncia, investigación e interposición de la demanda por parte de la Fiscalía.

SENTENCIA DE MALAGA en jurisdicción civil 548/2005, de 6 de junio.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga reconduce los términos de la cuestión básica de la educación en casa al lenguaje jurídico: *“Considerando que, centrados los términos del debate, es obvio que el objeto del recurso es determinar si las clases que los padres dan a sus hijos en el seno de la familia bastan para cumplir el mandato constitucional, sin necesidad ni obligación de hacer uso de centros autorizados y homologados, sean públicos o privados, o si la enseñanza de los progenitores ha de completar o ser completada por una enseñanza oficial, teniendo en cuenta que a la edad de los menores debe ser gratuita y debe ser obligatoria la llamada enseñanza básica. En este punto entiende la Sala que niega la parte apelante que haya existido violación del derecho a la educación, y que los padres tienen el derecho a impartirla como crean más conveniente, constando en autos opiniones de profesionales que ven suficiente y decorosa la enseñanza que imparten a sus hijos los apelantes. **Y no comparte la Sala tales razonamientos al entender integrada en el concepto básico de educación la escolarización,** no sólo por los beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones. Consta en las actuaciones que los niños no estaban escolarizados (a salvo, claro está, que por tal se entienda la formación dentro de la propia casa o comuna) y no es eso lo mínimo que la Sociedad actual permite dentro del progreso alcanzado en materia social”.*

Por tanto, el punto de partido de la sentencia es el criterio de insuficiencia de la educación en el hogar, como justificativo del cumplimiento, por parte de los padres, del mandato constitucional. Sin embargo la justificación de la negativa de la Sala a admitir los razonamientos de los padres, es si esta enseñanza llega al mínimo de lo que la sociedad actual exige, "dentro del progreso alcanzado en materia social". El razonamiento no es del todo objetivo, ya que en ningún momento la Sala acude a algún documento o norma en la que se describa el contenido de ese mínimo, y a donde alcanza en cuanto a esfuerzo de los enseñantes. Y tampoco justifica por qué

la institución escolar, *per se* alcanza ya ese mínimo, simplemente por ser institución escolar, sin más análisis sobre el tipo de enseñanza que ofrecen. Además, insisto, la base del razonamiento es lo que **"la sociedad actual exige, dentro del progreso alcanzado en materia social"**. Si acudimos al listado de países que permiten e incluso impulsan la educación en el hogar, no se encuentran precisamente aquellos que cuentan con un grado de desarrollo en materia social inferior al del Estado Español, antes al contrario, son países que cuentan con un estado de bienestar más asentado que el español, **y en los que este desarrollo no es óbice para que regulen esta alternativa a la educación oficial reglada con criterios de igualdad de oportunidades**. La sentencia se centra posteriormente en el análisis del " *problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la "total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática..... o, si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario. Según D. Vicente Gimeno Sendra, en el Voto particular formulado a la Sentencia del Alto Tribunal 260/1994, de fecha 3 de octubre, esta Sala cree que el repetido artículo 27.1 contempla el segundo de los citados derechos, cuyo único titular originario es el niño aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercitarlo a través de representación.*" Es interesante destacar que el tribunal ha tomado como base a sus razonamientos aquellos del Magistrado del Tribunal Constitucional Gimeno Sendra, que con ocasión de aquella sentencia de ese Tribunal redactó voto particular en contra de la tesis general defendida por el resto de los Magistrados, que considera que no se ha vulnerado el derecho de los menores. De hecho el Tribunal no entró a discernir en qué pudiera consistir el derecho a la educación, tan sólo este magistrado en su voto particular, según su parecer decide que el contenido de ese derecho es de titularidad originaria de los niños, pero no es éste el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, en cuanto al fallo como tal. El tribunal Constitucional no entró a dilucidar el contenido de el derecho a la educación, ya que consideró que los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona que restituían a los padres de los menores en el pleno ejercicio de la patria potestad de la que habían sido privados, no vulneran el derecho a la educación, ni han impedido la escolarización de los menores -único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado-

Una de las familias que fueron juzgadas en este procedimiento escribió en octubre de 2003, casi dos años antes de se resolverse en firme en su contra el caso la siguiente carta, que fue publicada en el Boletín de Crecer sin Escuela nº 14.

TRES DENUNCIAS Y UN SOLO JUICIO

Hace ahora un año que tres familias de la provincia de Málaga fuimos denunciadas por las autoridades educativas a la Fiscalía de Menores.

Enseguida la máquina se puso en marcha con las consabidas visitas del equipo de Asistencia Social. El informe de dicho equipo no podía ser más favorable al especificar que los/las niños/as se encontraban plenamente atendidos en los aspectos físicos, sociales, psicológicos, manifestando una total felicidad.

El juicio se celebró el tres de abril (2003) y las tres familias solicitamos comparecer a la vez y ser defendidas por el mismo abogado. La señora juez preguntó insistentemente si el nivel académico de los/las niños/as era similar al de los de su edad escolarizados, pero los equipos de asistencia social de la zona no disponen de alguien capaz de calibrar ese aspecto.

No obstante a pesar de no poder quedar aclarado este punto, ni a favor ni en contra, la señora juez dictó sentencia a finales de mayo de 2003 instándonos a

matricular a los/as niños/as para el curso 2003-2004. Inmediatamente la sentencia fue recurrida por nuestro abogado ante el Tribunal.

*La novedad que ha traído este proceso respecto a lo que se han visto sometidos otras familias que no querían llevar a sus hijos/as al colegio en España, es que ha sido la primera vez que las autoridades fiscales han decidido llevar el caso por la **vía civil** de jurisdicción voluntaria hasta el momento las fiscalías de menores que decidían llevar estos temas ante los tribunales lo habían hecho por vía penal con el resultado favorable para las familias por parte de los jueces que seguramente se dejaban guiar por el principio de la mínima intervención mientras no se detecte delito.*

Por último reseñar que estamos nuevamente a la espera de un juicio por parte de la Audiencia provincial ya que hemos solicitado la Vista y no simplemente la revisión.

Este caso llega finalmente al Tribunal Constitucional que dictó un Auto con fecha 23 de junio de 2008.

Una sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 23 de junio de 2008 agotó la vía judicial para las familias de Málaga que optaron en su momento por no escolarizar a sus hijos e hijas. Un proceso que se inició en 2002, y que ha supuesto un calvario y una sangría económica para las familias afectadas por esta intervención de los Servicios Sociales, de la Fiscalía y la Judicatura durante seis años.

Cinco años antes, una carta enviada por María Sanchez Martín con fecha 10 de octubre de 2003, a Crecer Sin Escuela y que se publicó en su [Boletín nº 14](#) explica a la perfección la situación de angustia por la que estaban pasando las familias ante la primera sentencia contraria a sus intereses, la que recayó en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Coín..

Hace ya un año que tres familias de la provincia de Málaga fuimos denunciadas por las autoridades educativas a la Fiscalía de Menores.

Enseguida la máquina se puso en marcha con las consabidas visitas del equipo de Asistencia Social. El informe de dicho equipo no podía ser más favorable al especificar que los niños/as se encontraban plenamente atendidos en los aspectos físicos, sociales, psicológicos y pedagógicos, manifestando una total felicidad.

... la señora juez dictó sentencia a finales de mayo de 2003, instándonos a matricular a los/as niños/as para el curso 2003-2004. Inmediatamente la sentencia fue recurrida por nuestro abogado ante el tribunal.

Como supondréis estuvimos bastante alterados al principio, pero desde que pusimos el asunto en manos de Fernando, su profesionalidad, su compromiso con el concepto que queremos defender, su voluntad de comprender nuestras situaciones en todos sus matices y su capacidad para hacer comprensibles para nosotros las alternativas jurídicas, trajeron un poco de sosiego a nuestro hogares.

*La novedad que ha traído este proceso respecto a los que se han visto sometidos otras familias, es que ha sido la primera vez que las autoridades fiscales han decidido llevar el caso por la **vía civil** de jurisdicción voluntaria. Hasta el momento las fiscalías de menores que decidían llevar estos temas ante los tribunales lo habían hecho por vía penal con el resultado favorable para las familias por parte de los jueces que seguramente se dejaban guiar por el principio de la mínima intervención, mientras no se detecte delito.*

La carta expresa perfectamente el fondo del asunto, y el hecho de que la vía civil puede suponer unos peligros desconocidos hasta ese momento.

A continuación, y en el mismo boletín, anuncia la creación de la "**Asociación para el desarrollo del aprendizaje autodidacta "Leonardo Da Vinci"**" a cuyos fines y objetivos me referiré más adelante.

Quizás sea conveniente recorrer los diversos procedimientos judiciales seguidos hasta este momento.

1. Sentencia en trámite de jurisdicción voluntaria 36/2003, de 5 de mayo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Coín que obliga a la escolarización de los menores para el curso 2003-2004.

2. Sentencia num. 548/2005, de 6 de junio, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Málaga, que ratifica la sentencia de instancia

3. [Auto dictado el 23 de junio de 2008 por el Tribunal Constitucional](#) tras la interposición del correspondiente recurso de amparo presentado el 28 de octubre de 2005, en el que se desestima el amparo, y se deniega la suspensión de la ejecución solicitada.

La sentencia en apelación ya ha sido recogida y comentada en este blog en una [entrada](#) con fecha 15 de febrero de 2008. En aquel momento aún no se había agotado la vía judicial, ya que cabía aun un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, recurso que efectivamente se produjo en tiempo y forma.

Recordemos que en la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en Jurisdicción Civil, de 6 de junio de 2005 se dilucidaba un punto conflictivo cual es el de determinar si las clases que los padres dan a sus hijos en el seno de la familia bastan para cumplir el mandato constitucional, sin necesidad ni obligación de hacer uso de centros autorizados y homologados, sean públicos o privados, o si la enseñanza de los progenitores ha de completarse o ser complementada por una enseñanza oficial, teniendo en cuenta que a la edad de los menores debe ser gratuita y debe ser obligatoria la llamada enseñanza básica.

La sentencia, contraria a la apelación confirma la dictada en origen en el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín, el 5 de mayo de 2003.

Con posterioridad, y ante la confirmación de la sentencia de instancia, asistidos por el letrado Fernando Piernaveja las familias de Los Arenalejos presentan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El recurso de amparo es admitido a trámite y está basado en tres razones, la conculcación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), a la educación (art. 27 CE) y a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 14 CE).

Este último se refiere al hecho de que

algunos de los recurrentes en amparo, que no son de nacionalidad española, tienen reconocido el derecho a la enseñanza domiciliaria

En el recurso de amparo se pide al Tribunal la suspensión de la resolución impugnada, que exigía la escolarización de los niños y niñas para el curso 2003-2004.

El recurso de amparo fue interpuesto en octubre de 2005 y dado el tiempo transcurrido hasta el momento de la admisión a trámite del mismo, febrero de 2008, uno de los hijos de los demandantes ha superado ya la edad de escolarización obligatoria, por lo que los demandantes piden que quede ajeno a las resultas del procedimiento.

Aunque el recurso de amparo se mantiene para los otros dos hijos de otra de las parejas demandantes, que sí se encuentran en edad escolar.

Es por ello, que al tratarse de una medida cautelar, cuya única finalidad es la suspensión de la escolarización obligatoria de unos niños para el curso 2003-2004, estando en este momento en el año 2008 no tiene sentido acceder a la citada suspensión, en opinión del Tribunal. Por ello, acceder a la petición de suspensión de ejecución de la sentencia de instancia pudiera tener alcance al futuro, esto es, al curso académico que se iniciaría en 2008, lo que implicaría un posicionamiento del Tribunal sobre la no obligatoriedad de la escolarización de los niños. Petición a la que el Tribunal no está dispuesto a acceder ya que supondría entrar en el fondo del asunto, cuestión que en ningún momento ha sido la planteada en la *petitio*.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de DDHH

[Un estudio sobre jurisprudencia del TEDH](#)

El profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer ha publicado un interesante artículo en los Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación denominado "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Este es su CV:

Huesca, 1936.

Catedrático de Derecho Administrativo y Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo.

Miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Ha tratado en varios trabajos el tema de los Colegios Profesionales, así al dirigir el libro "Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución", donde aborda especialmente el aspecto deontológico.

Especialista en la materia de derechos humanos, acaba de publicar un nuevo libro titulado "Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos (Perspectivas españolas y europeas)", Editorial Cívitas (es la lección pronunciada hace unos meses en la Universidad de Bolonia al recibir el nombramiento de Doctor Honoris Causa).

Ha dedicado también muchas páginas al medio ambiente sonoro o, dicho de otra manera, al ruido: su último trabajo monográfico lleva por título, "El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial" ("Foro", revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense).

Es llamado frecuentemente a dictar conferencias. Ayer mismo en Barcelona abría unas Jornadas dedicadas a "Libertad religiosa, ciudades y lugares de culto", desarrollando el tema, "Derecho Público y libertad religiosa: problemas actuales". Otra de sus conferencias recientes lleva por título: "Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión".

Entre otras llega a las siguientes conclusiones en el epílogo del artículo:

VII. Como es muy frecuente en el campo del derecho, se confirma que en la teoría de los derechos humanos no suele haber valores absolutos: es normal la existencia de roces y confrontaciones con otros derechos, por lo que sería preciso componerlos.

VIII. En concreto, el derecho concedido a los padres para predeterminar la enseñanza impartida a sus hijos, por razón de sus creencias religiosas o filosóficas, no es un derecho absoluto, no puede ser interpretado de forma rígida o rigurosa sino que conocerá significativas excepciones o, en la fórmula consagrada "injerencias" destacadas siempre que estén debidamente justificadas.

En un anexo indica los casos que en referencia al derecho de educación han sido dirimidos por el TEDH:

1. "Caso relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica" II,23.VI, 1968
2. "[Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca](#)", 7.XII.1976.
3. "[Campbell y Cosans c. Reino Unido](#)", 25.II. 1982
4. Valsamis c. Grecia" 18.XII.1996
5. "Alejandro Jimenez Alonso y Pilar Jimenez Merino c. España" 25.V.2000
6. "Hasan y EYlen Zengin c. Turquía", 6. VI. 2006
7. "[Konrad y otros c. Alemania](#)" 11.VI.2007
8. "Folgero y otros c. Noruega", 25. VI. 2007
9. "Hasan y EYlen Zengin c. Turquía, 9.X 2007

Creo que hay una ausencia importante en este listado y es el caso denominado "Renata [LEUFFEN](#) c. Alemania". Un caso de 1992 que ha sido profusamente comentado en este blog, y que incide directamente sobre el tema de la objeción a la escolarización obligatoria por motivos religiosos.

[¿Es el derecho a educar en el hogar un derecho fundamental?](#)

Un interesante artículo de Daniel Monk analiza el reconocimiento a nivel de la Unión Europea de este derecho, y si es o no protegido como derecho fundamental por la Jurisprudencia europea, tanto la extinta Comisión de Derechos Humanos como el Tribunal de Derechos Humanos.

El primer caso relevante a estos efectos fue resuelto por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en 1992 en el caso *Leuffen v Germany*. El caso es sencillo en su planteamiento. La demandante, Renata LEUFFEN, reclama ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que el Estado Alemán ha vulnerado su derecho a decidir la instrucción de su hijo menor de edad, según sus creencias religiosas y filosóficas. Ella toma la decisión de instruirlo por sí misma, ya que desconfía del sistema público de enseñanza y de las consecuencias negativas que puede tener la escuela sobre su hijo. Como respuesta a esta decisión de desescolarizar a su hijo el Estado le impone un tutor, a través de la oficina del Menor, que es quien tramita su escolarización en un Centro de enseñanza católico. En concreto, la demandante basa su reclamación y la defensa de su derecho en la presunta vulneración del art. 2 del protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos que recoge el derecho a la educación en estos términos:

Artículo 2. Derecho a la instrucción.

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

La sentencia que resuelve la reclamación ampara el derecho del Estado alemán para excluir la posibilidad de que los padres puedan educar a sus hijos en el hogar en base al siguiente razonamiento:

*"Desde el punto de vista de la Comisión, el artículo 2 del Protocolo nº1 **no impide que los Estados puedan establecer escolarización obligatoria**, sea por el propio estado o escuelas privadas de nivel satisfactorio, y que la verificación y la implementación de estándares educativos son una parte integral de ese derecho".*

En cuanto a la afirmación por parte de la demandante de que la escolarización obligatoria de su hijo violaría su derecho a garantizar que su educación es conforme con las convicciones religiosas y filosóficas de la madre, tal y como reconoce el artículo 2 del protocolo nº1, se encuentra con la respuesta de la Comisión: Según el tribunal Europeo de Derechos Humanos, las convicciones de los padres no deben entrar en conflicto con el derecho fundamental del menor a la educación, todo el art. 2 queda bajo el dominio de la primera frase (Campbell and Cosans 1982). Esto significa que los padres no pueden rehusar al derecho a la educación de su hijo sobre la base de sus propias convicciones

Vuelvo al caso de Renata Leuffen ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en busca de más claves sobre la aplicación del artículo 2 del [Protocolo nº 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.](#)

La Oficina de la Infancia de los servicios sociales de la ciudad de Dusseldorf, decidió imponer a un trabajador social como tutor (Pfieger) del hijo de Renata Leuffen, periodista y escritora, en tanto en cuanto ésta no escolarizara al menor.

La madre se opuso judicialmente a esta medida y en abril de 1992 el Tribunal Constitucional Federal Alemán ratificó la retirada parcial de la patria potestad de la madre, y la imposición de un tutor, ante la negativa de aquella de escolarizar a su hijo. El Tribunal ratifica esta decisión en base a dos motivos:

1. La medida se basa en el interés del niño
2. Es la menos restrictiva de los derechos de la madre tendente a asegurar la educación del niño.

Y añade

El Tribunal destaca el peligro de concentrar la educación y la enseñanza en una sola persona y la importancia de que los niños y niñas obtengan certificados escolares y aprendan comportamiento social.

Por otro lado la postura de la madre se resume en las alegaciones que ésta presenta ante todas las instancias judiciales ante las que comparece:

La demandante alega que Dios le ha dado la responsabilidad y autoridad de educar a su hijo en exclusiva. Es un pecado enviarlo a una escuela convencional.

Insiste en que la única persona capacitada para enseñar a su hijo según sus necesidades y competencias es ella. Expresa su preocupación ante el declive académico y moral de la escuela pública donde su hijo aprendería obscenidades y se volvería víctima de comportamientos violentos y presión social negativa. Según esta madre la escolarización formal equivale a abuso infantil, un desastre para la salud mental y física del menor, además de frustración y fracaso. Su hijo no sobreviviría a la escolarización obligatoria.

Leuffen alega que se ha vulnerado en su caso los derechos derivados del Artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio antes citado que prevé que: **"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas"**.

Y el Tribunal Europeo sostiene que este artículo recoge en su primera frase el derecho del menor a la educación, y que como tal derecho exige una regulación del Estado, que puede variar en el tiempo y lugar de acuerdo con las necesidades y los recursos de la sociedad y de los individuos. En la segunda frase recoge el cometido del estado en cuanto a la educación, así como el derecho de los padres.

Esta sentencia se une a aquellas teorías que recogen tres sujetos de interés que configuran dos relaciones jurídicas distintas derivadas del derecho a la educación. De manera primordial el menor, con su derecho a la educación. En segundo lugar la obligación correlativa al Estado en cuanto a proporcionar esa educación, garantizando que ningún menor se vea privado del ejercicio real de ese derecho. Me refiero al artículo de Rob Reich titulado *"Testing the Boundaries of parental Authority Over education: The case of Homeschooling"*, que se basa en los casos *Yoder* y *Mozart* que se examinaron ante la judicatura de Estados Unidos, casos en los que los padres, de pertenencia a comunidades religiosas pretendían la desescolarización de sus hijos, y la exención de éstos de las leyes sobre escolarización de los respectivos Estados. En este artículo examinan los intereses contrapuestos en cuando al derecho a la educación de los propios menores titulares del derecho, sus padres titulares del derecho a ser respetados en cuanto a sus convicciones filosóficas y religiosas, y la obligación del Estado de garantizar la educación para todos los menores, así como su derecho a regular el modo en que se imparte esta prestación.

En segundo lugar, un derecho que configura una relación jurídica distinta con distintos sujetos, y ese es el derecho recogido en la segunda frase del artículo 2 del Protocolo 1, *el derecho de los padres a asegurar que esa educación se proporcione conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*. Derecho éste que se relaciona con la obligación del Estado de garantizar un pluralismo en la educación, que es esencial para la preservación de una "sociedad democrática".

El problema que se plantea en esta sentencia es que tanto la Jurisprudencia alemana como el tribunal Europeo consideran que es prevalente el primero de los derechos y que si el interés del menor entra en colisión con el interés de su padres, debe prevalecer éste. Todo ello entendido, como si el derecho a la educación del hijo está separado del derecho de los padres al respeto a sus preferencias filosóficas y religiosas en cuanto a la impartición de la citada educación, y equiparando educación con escolarización en cada momento. Se considera, en resumen, que si se priva de escolarización al menor, como medio para proporcionar la citada educación, acorde a las convicciones de sus padres, se le está privando de titulación académica y de relaciones sociales fuera del núcleo

familiar, aspectos ambos cuya privación se consideran perjudicial para el desarrollo adecuado del menor.

Esta sentencia legitima la escolarización obligatoria tal y como es aplicada en el Estado Alemán. Y así se opone a la teoría que afirma que el derecho de los padres a educar en casa es un derecho fundamental de éstos y una libertad ineludible para la democracia.

Esta cuestión se relaciona con el estudio de Daniel Monk **“Problematising home education:challenging “parental rights” and “socialisation”** de 2004. En este artículo Daniel Monk analiza esta sentencia, y llega a la conclusión de que en ella se equipara la educación obligatoria con escolarización obligatoria. Separación conceptual que resulta un elemento fundamental para el reconocimiento de la instrucción doméstica.

Sin embargo dos circunstancias se oponen a la postura del Tribunal:

1. En primer lugar la primera frase del citado artículo está redactada de forma negativa, de manera que es improbable basarse en un enunciado negativo para inferir directamente una obligación del Estado a asumir en exclusiva la garantía de la realización de ese derecho. Situación que se ha puesto en evidencia, cuando ha servido al Estado como excusa para negar la educación en supuestos de diferente signo, en los que los padres exigían del Estado que proporcione un determinado tipo de educación que se adaptaba a sus convicciones, distinto al que en ese momento y lugar estaba siendo proporcionado a través del sistema educativo público.

2. En segundo lugar, la obligación del Estado de garantizar el derecho del niño a la educación puede cumplirse monitorizando el contenido y la naturaleza de la educación en casa. Este es el modelo que se ha seguido en Gran Bretaña y cuya legalidad ha sido confirmada por la sentencia H v United Kingdom ante el propio Tribunal Europeo de DD HH de 1984 (Monk, 2004)

La sentencia del Tribunal Europeo continúa así:

De la postura de este Tribunal se desprende que el artículo 2 del protocolo 1 no impide que el Estado establezca la escolarización obligatoria, sea por el Estado, sea a través de escuelas privadas de nivel acreditado. Y que la verificación del cumplimiento satisfactorio de esta instrucción así como la imposición de ciertos niveles educativos es parte integral de ese derecho. El Estado, al cumplir con estas funciones debe asegurarse de que la información y el conocimiento sean transmitidos de modo crítico y plural. El Estado no puede perseguir el ánimo de adoctrinamiento que pudiera interferir sobre las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Ese es el único límite que no debe vulnerarse.

Según la demandante, la escolarización obligatoria por sí misma vulnera el derecho de la madre a que la educación se realice en conformidad con sus convicciones religiosas y filosóficas.

Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha entendido que las convicciones de los padres no pueden interferir sobre el derecho fundamental del menor a la educación, ya que la totalidad del art 2 está dominado por la primera frase.. de modo que los padres no pueden rechazar el derecho a la educación de sus hijos en base a sus propias convicciones.

Es obvio que de nuevo se equipara escolarización y educación, ya que es legítimo que los padres rechacen la escolarización de sus hijos en base al respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas sin rechazar por ello el derecho a la educación de sus hijos, ya que asumen en primera persona el ejercicio de esa labor que llevará al ejercicio de los menores de su derecho a la educación. Cuestión distinta y peliaguda será, como Daniel Monk expresa en el citado artículo, el derecho que el Estado pueda reservarse en cuanto a la comprobación de las condiciones en las que se desarrolla ese modelo educativo.

En la sentencia que nos ocupa, la demandante defiende que puede hacerse cargo por si misma de la educación de su hijo. El Tribunal defiende en su negativa a permitirselo, que de los informes realizados a este respecto por las autoridades locales con la ayuda de un experto, se desprende que la educación en manos de la demandante únicamente, podría ser perjudicial para su hijo. En consecuencia el tutor debe localizar una escuela que se ajuste a las convicciones de la demandante (católica en este caso, debido a que la madre es católica practicante) y se rechazan en bloque todas las peticiones de la demandante ante el tribunal.

EL caso Konrad en Alemania

Un recorrido europeo por los casos que han sido dirimidos ante este Tribunal nos lleva a la conclusión de que no han entrado a analizar el tema de la educación en casa, o desescolarización voluntaria hasta fechas muy recientes, a pesar de que el derecho a instrucción se recogió ya en el protocolo 1 (Paris), en su título 2, en 1952. En septiembre de 2006 se publicó la sentencia del caso Konrad, que fue presentado al Tribunal en Noviembre de 2003. El caso fue estudiado por la Quinta Sección del Tribunal en el expediente nº. 35504/03 interpuesto por Fritz KONRAD y otros contra Alemania.

Contenido de la sentencia:

1. Los hechos o relato fáctico del caso

Los demandantes son los Konrad y sus dos hijos que pertenecen a una Comunidad Cristiana, que han decidido educar a sus hijos en casa con el programa de la "Philadelphia School", una institución basada en Siegen que no está reconocida como escuela privada por el Estado alemán.

Los padres solicitaron autorización en agosto de 2000 para que sus hijos quedaran exentos de la escolarización obligatoria sin conseguirlo.

Recurrieron a el Tribunal Administrativo de Freiburg contra la decisión administrativa que en julio de 2001 también dictó sentencia en su contra. En esta sentencia el tribunal defiende que es necesaria la escolarización para que los menores puedan adquirir competencias sociales, y por otro lado, que el derecho de los padres a educar a sus hijos no queda mermado, ya que pueden hacerlo antes y después de la escuela y durante los fines de semana.

En junio de 2002 el Tribunal de Apelación Administrativo de Baden Wurttemberg rechazó la apelación en base a que el derecho de los padres a educar a sus hijos no puede llegar a permitirles privar a sus del contacto con otros niños, ya que la escuela representa a la sociedad, y es el interés de sus hijos pertenecer a la sociedad.

En cuanto a la libertad religiosa niegan que exista tal discriminación ya que al ser una escuela laica no ejerce discriminación alguna de los niños y niñas por razón de su credo religioso.

El recurso ante el Tribunal Administrativo Federal y el Tribunal Federal Constitucional, en enero y abril de 2003 respectivamente rechazaron los respectivos recursos alegando que las instancias anteriores habían resuelto satisfactoriamente todos los motivos de recurso, y que éstas no habían vulnerado ni el derecho de los padres a educar a sus hijos ni la libertad religiosa que la Ley Básica les reconoce.

En resumen, el Tribunal Constitucional Federal defiende que los derechos de los

recurrentes de un lado y de otro la obligación del Estado de proporcionar educación escolar no exige exención a la escolarización obligatoria. Y la base es que la obligación del Estado de garantizar la escolarización de los menores no se refiere solamente a la adquisición de conocimientos, sino a la educación que ha de proporcionarse a ciudadanos responsables que han de participar en una sociedad democrática y plural.

En cuanto a la ley aplicable la Constitución del Land de Baden Wurttemberg en su art. 14 establece que *"La asistencia a la escuela es obligatoria"*. A su vez el art. 72 recoge la escolarización obligatoria en estos términos:

Ap.1 *"La asistencia escolar obligatoria se aplica todos los niños y jóvenes que tengan residencia permanente en el Land de Baden Wurttemberg"*.

Ap.4 *"Los alumnos están obligados a asistir a una escuela alemana. La autoridad de inspección educati va decidirá sobre los supuestos de exención"*.

El fallo de la sentencia del TE DD HH del caso Honrad

Los demandantes basan su recurso en los artículos 6 (Derecho a un proceso equitativo) y 9 (Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) del Convenio de 1959, además del artículo 2 (Derecho a la instrucción) del Protocolo adicional al Convenio contra la negativa a permitirles educar a sus hijos en casa en conformidad con sus creencias religiosas y las consecutivas decisiones de los tribunales alemanes que han respaldado esta negativa. Todo ello en relación con el art. 14 del mismo Convenio (Prohibición de discriminación). FUNDAMENTO JURIDICO

El recurso se centra en la vulneración del art. 2 del protocolo 1 del Convenio que establece en su literal: *"Derecho a la instrucción. A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas"*

Según los recurrentes la escolarización de sus hijos pondría en peligro su educación religiosa, que ellos, en calidad de padres, asumen como una obligación derivada de la Biblia. La laicidad del sistema educativo estatal impide que puedan educarse según sus creencias religiosas, ya que no existe escuela privada alguna que corresponda a la minoría religiosa a la que pertenecen. En último término apelan al segundo apartado del artículo 2 del protocolo de París que exige al Estado la obligación de respetar ese derecho de los padres a educar según sus propias creencias religiosas. El Tribunal se hace eco de la falta de consenso entre los países europeos firmantes del Convenio en cuanto a lo que entienden por educación obligatoria. Mientras que algunos países permiten la educación en el hogar, otros exigen la escolarización obligatoria en escuelas estatales o privadas. El tribunal europeo coincide con las instancias germanas en la afirmación de que no sólo es la adquisición de conocimientos la finalidad de la institución educativa, sino que la educación como primera experiencia integradora del infante es la finalidad primordial de todo el sistema educativo. Y este objetivo integrador en sociedad es el que no puede lograrse de igual modo a través de la educación en el hogar, aunque sí pudiera por ese sistema conseguir una adquisición de conocimiento equiparable a la escuela regular. Así como el Tribunal Federal consideró de excepcional importancia el interés general de la sociedad de evitar sociedades paralelas basadas en concepciones filosóficas distintas, y la importancia de integrar a las minorías en la sociedad, así el Tribunal Europeo incide en que esta interpretación en concorde con su propia Jurisprudencia y con la importancia del pluralismo par la democracia. En último término destaca el Tribunal Europeo la constatación que realiza el

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

Primera instancia

Otra sentencia interesante, esta vez a nivel europeo, es la que dicta la Quinta Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 11 de septiembre de 2006 sobre el caso Fritz KONRAD y Otros contra Alemania. Son cuatro los demandantes el matrimonio KONRAD (nacidos en Suiza aunque nacionalizados alemanes) y sus dos hijos Rebekka y Joshua, nacidos en 1992 y 1993 respectivamente.

Los demandantes pertenecen a una comunidad cristiana que rechaza la asistencia de sus hijos tanto a escuelas privadas como públicas, debido a que en ellas se promueve la educación sexual, la aparición de criaturas míticas en cuentos de hadas durante la impartición de contenidos escolares y por último el alto nivel de violencia tanto física como psicológica entre los escolares dentro del recinto escolar. Ellos educan a sus hijos en casa según el programa de la "Escuela de Philadelphia", una institución con base en Siegen que no cuenta con reconocimiento estatal como escuela privada. Esta institución se dedica a la asistencia de padres cristianos devotos en su tarea de educar a sus hijos en el hogar. Ellos proporcionan los libros de texto y materiales educativos así como supervisan estas actividades educativas de los padres con el personal especializado para la tarea.

Los padres solicitaron en su momento una exención a la obligatoriedad de asistencia al centro educativo en nombre de sus hijos, y la autorización para que sean educados por sus padres. Los hijos habían llegado a la edad de escolarización obligatoria a en 1999 y 2000 respectivamente.

Este es el itinerario de partida de la batalla legal que se desarrolla a continuación y que comienza con el rechazo a la petición el 28 de agosto de 2000 por parte de la Secretaría de la Escuela de Offenburg. EL motivo de inadmisión se basa en los artículos 72.1 y 76.2 de la Ley de Educación de Baden Wuttemberg. Según los artículos esgrimidos:

Art. 72 . "El cumplimiento de la escolarización obligatoria: Todos los niños y jóvenes están obligados a asistir a la escuela, mientras no se proporcione algún otro tipo de educación o instrucción suficiente. En lugar de asistir a la escuela primaria, puede admitirse algún otro tipo de instrucción sólo de manera excepcional y con la autorización del Consejo Escolar".

En julio de 2001, la Corte Administrativa de Freiburg, rechazó esta misma petición de exención a la escolaridad obligatoria de sus hijos. El tribunal admitió que la Ley Básica garantiza a los padres tanto libertad religiosa como el derecho de educar a sus hijos según sus creencias y convicciones religiosas y filosóficas, y que incorpora en su aspecto negativo el derecho a mantener a sus hijos alejados de ideologías que consideren negativas para su hijos.

Esta libertad se ve restringida por la obligación del Estado a proporcionar educación y tuición. Así la escolarización obligatoria no entra en la discrecionalidad parental. El deseo de los padres de los demandantes de educar a sus hijos en un "espacio protegido" en el hogar, sin influencia externa no puede imponerse a la obligatoriedad de la asistencia escolar. Incluso si la educación proporcionada en el hogar fuera suficiente, la obligación del Estado de educar según la Ley Básica no se cumpliría si los niños no entraran en contacto con otros niños. La asistencia a una escuela primaria, con niños de diferentes extractos sociales, permite a los niños tanto a experimentar sus primeras experiencias en sociedad, así como adquirir competencias sociales. Ninguna de ellas sería posible si se autorizara a los padres a educar a sus hijos en casa, más aún tras el anuncio de los padres de que desean evitar el contacto regular de sus hijos con otros niños. El Tribunal insiste en que la obligación del Estado a educar ampliará los intereses de los niños y servirá para la protección de sus derechos individuales. Y esto es así porque debido a su corta edad, los niños demandantes no pueden prever las consecuencias de la decisión de sus padres de educarles en el hogar. Así que no es posible que puedan tomar una decisión autónoma.

Más aún, el derecho de los padres a educar a sus hijos no queda vulnerado por la escolarización obligatoria, ya que podrán educar a sus hijos antes y después del horario escolar así como durante los fines de semana. También podrían enviado a sus hijos a una escuela religiosa confesional que posiblemente muestra una sensibilidad superior frente a la educación de la sexualidad que una escuela pública. Aún así el Tribunal duda que la educación de la sexualidad tenga gran relevancia en el programa de educación primaria.

Hasta aquí los argumentos del tribunal de Instancia Alemán en el caso KONRAD. Debemos notar que los argumento esgrimidos son los que con más frecuencia se esgrimen desde los Tribunales españoles cuando ha llegado ante ellos alguno de los supuestos de homeschool. Así la STS 30 de octubre d 1994, que después de declarar que la Constitución ha colocado la libertad en el pórtico de entrada del catálogo de derechos y libertades y considera el libre desarrollo de la personalidad como sustento y fundamento del orden público y la paz social, imperando el principio de libertad de enseñanza, debiéndose orientar hacia el pleno desarrollo de la personalidad y formar a los individuos en modelos de tolerancia y convivencia, teniendo cauce en el seno de una sociedad plural en la que existen otros valores como la libertad ideológica y de convivencia que permite a los padres elegir la formación que esté más acorde con sus convicciones.

Para reconocer después que el ser humano tiene gran capacidad de libertad para elegir el camino que estime más adecuado para su formación, permitiéndole ser convencional o apartarse de la reglas estatuidas y que el niño es un ser inerme que recibe de los padre y su entrono todo género de temores y complejos.

Segunda instancia

El 18 de junio de 2002, el Tribunal de Apelación de Baden Wuttemberg rechazó el recurso presentado por los demandantes en primera instancia. El razonamiento descansaba en el razonamiento siguiente: Aunque el derecho los padres de los demandantes a educar a sus hijos incluyera la educación religiosa, no estaban legitimados por Ley Básica (Constitucional) para educarlos en exclusiva, el derecho del Estado concurre con el de los padres. Y he aquí la base de todos los

razonamientos en los que se basa toda la sentencia: El punto decisivo no es si la educación en el hogar es de igual calidad a la escolar, sino que la educación obligatoria exige que niños y niñas de diferente procedencia concurren en la escuela.

La escuela representa a la sociedad y está en el interés de los niños el integrarse en la sociedad. Los padres no pueden obtener la exención para asistir a la escuela porque estén en desacuerdo con alguna asignatura del programa escolar, tampoco el derecho a la educación de los padres abarca la posibilidad de privar a sus hijos de esa experiencia. Los padres pueden exigir al Estado para que intervenga y evite el maltrato de niños a manos de otros, e incluso que tome las medidas necesarias para evitar influencia religiosas que sus padres rechazan. La obligación de neutralidad del Estado garantiza ese derecho.

En el año 2003 tanto el tribunal Administrativo federal, como el tribunal Federal Constitucional rechazaron los recursos de los demandantes. En el caso del Tribunal Constitucional en base a que el asunto ya había sido resuelto en instancias previas. En concreto se establecía que las sentencias de los Tribunales Administrativos no habían vulnerado el derecho de los padres a educar a sus hijos, ni tampoco su libertad religiosa.

El equilibrio entre los derechos de los padres de una parte y la obligación del Estado de otra no imponía la necesidad de eximir a los niños de la escolarización obligatoria y como siempre se impone el argumento de que el Tribunal Administrativo Federal incidió en el hecho de que la obligación del Estado de proporcionar educación no se refería a la adquisición de conocimientos únicamente sino que incluye la educación de ciudadanos responsables que participan en una sociedad democrática y plural.

La adquisición de competencias sociales para tratar con otras personas que mantienen puntos de vista diferentes y el mantener opiniones que difieren de la mayoría sólo puede obtenerse con el aprendizaje que deriva del contacto social. El Tribunal Constitucional consideró que la injerencia en los derechos fundamentales de los demandantes era proporcionado dado el interés general de la sociedad de evitar la emergencia de sociedades paralelas basadas en convicciones filosóficas minoritarias. La sociedad tiene interés en integrar a las minorías. El Tribunal Constitucional, en resumen considera la intervención del Estado razonable ya que los padres aún tienen la posibilidad de educar a sus hijos por sí mismos cuando los niños se encuentran fuera de la escuela, y que la escuela estaba obligada a considerar y respetar las creencias religiosas disidentes.

El voto particular del Juez Todd, en el caso lingüístico de Bélgica

El Juez Wold Torje, en su voto particular a la sentencia de la "Cuestión Lingüística en Bélgica" dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, argumenta su discrepancia con el resto del Tribunal, en referencia a la interpretación que éste realiza del artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de París de 1952. Artículo que regula así el derecho a la instrucción:

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la

enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".

Que el derecho a la educación se conciba como derecho de elección se encuentra apoyado fuertemente también en los trabajos preparatorios. El derecho a la educación estaba desde el principio enumerado como uno de los tres derechos familiares (trabajos preparatorios sobre el artículo 2 del Protocolo, página 5, documento CDH 67, 2) y definido como "el derecho de los padres de elegir el tipo de enseñanza que debe ser dada a sus hijos". Y a través de la totalidad de los trabajos preparatorios, en numerosos momentos, el derecho a la educación es mencionado -por todos aquellos que tomaron parte en su elaboración- como un derecho de elección para los padres que debe ser garantizado en una libertad fundamental.

Los trabajos preparatorios muestran también claramente que no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Por el contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado. Es esto, a mi juicio, lo que hay que tomar en consideración cuando se interpreta el artículo 2. No debemos olvidar que Europa, en el momento en que se adoptó el Convenio, acababa de pasar años de supresión de la libertad de aquellos pueblos donde los Gobiernos emplearon todo tipo de medios y presiones para masificar a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Era, por tanto, una finalidad importante del Convenio que esto no se repitiese y que el derecho de educación fuese protegido. En los trabajos preparatorios se pone frecuentemente el acento en este aspecto.

El caso Folgero contra Noruega

Ha sorprendido a muchos la sentencia de 4 de marzo de este del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación a la asignatura de Educación para la Ciudadanía. La sorpresa se ha derivado del cambio de la doctrina jurisprudencial que se venía manteniendo por otros Tribunales Superiores de Justicia, como el de Asturias o el de Cataluña, que dictaron sentencia contraria a la petición de quienes exigían la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia a la citada asignatura. La sentencia de TSJ es de Cataluña 28 de noviembre de 2007. Poco antes de esa fecha el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia sobre el denominado Caso Folgero y otros contra Noruega en la que se marca el camino, que en mi opinión es el que se ha tenido en cuenta por el TSJ de Andalucía.

En el caso noruego, los demandantes pretendían eximir a sus hijos de cursar la asignatura de Religión, denominada cristianismo, religión y filosofía, (hecho que lleva a los padres a pedir la exención parcial a la parte que corresponde al cristianismo, de corte luterano, que es la religión oficial del estado de Noruega).

Como siempre, en estos supuestos, la base de la discusión es el texto del citado artículo 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Como certeramente indica la sentencia Folgero v Noruega, este artículo no distingue entre enseñanza pública y enseñanza privada, ni tampoco permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas.

Examinando la larga sentencia he llegado a la conclusión de que la sentencia del TSJ de Andalucía se basa en la siguiente afirmación de la sentencia del Tribunal Europeo de DDHH:

"La segunda frase del artículo 2 (se refiere al Protocolo antes citado) implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite a no sobrepasar.

Aún así en la sentencia del Tribunal Europeo no se enmarca la cuestión en la objeción de conciencia, sino en la exención a la obligación de cursar la signatura total o parcialmente, y no se pasa a analizar, por ello, la constitucional de la objeción de conciencia según la ley noruega. Y por último, la cuestión principal sobre la que el Tribunal Europeo considera que el Estado Noruego no cumple con las exigencia del Protocolo, y por ende, le condena es el siguiente razonamiento:

"En estas condiciones, pese a los numerosos y loables objetivos legislativos que se afirman en la introducción de la asignatura de KRL (Cristianismo, religión y filosofía) en los establecimientos escolares públicos de primaria y del primer ciclo de secundaria, parece que **el Estado demandado no veló suficientemente por que las informaciones y conocimientos que figuran en el programa de esta asignatura fuesen difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista** para cumplir con las exigencia del artículo 2 del Protocolo num.1.

Manuel Martinez de Aguirre, fiscal del Tribunal Supremo ha publicado en el Diario la Ley , Sección Tribuna con fecha 27 de octubre de 2008, un artículo sobre la doctrina del Tribunal Europeo de DD.HH en materia de asignaturas de contenido ideológico, denominado "[Libertad ideológica y educación para la ciudadanía, otra aproximación jurídica](#)". En este caso adaptando la citada doctrina a la asignatura de la Educación para la Ciudadanía, ya que aún no ha recaído pronunciamiento de dicho Tribunal al respecto.

La doctrina del TEDH "*precisa el límite en que comienza la vulneración del derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, que es el adoctrinamiento, y recuerda la obligación de las autoridades públicas a evitar esas vulneraciones*".

El autor parte de dos fundamentos jurídicos: de un lado, [el art. 10 de la Constitución Española](#), que exige la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamnetales según la Declaración Universal de Derechos Humanos y Tratados Internacionales ratificados, y de otro lado, la interpretación que el TEDH hace del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos Y Libertados fundamentales (CEDH).

Al tratar el tema de la objeción de conciencia, el autor afirma que el Estado no está obligado a garantizar el ejercicio de la objeción de conciencia para preservar la libertad ideológica o religiosa que garantiza el art. 16 de la Constitución, sin embargo... "*Lo que sí tiene en todo caso es la obligación de respetar y garantizar,*

de una forma o de otra, la libertad ideológica y religiosa, y su proyección en la educación de los hijos respetando las convicciones de los padres".

Al tratarse de la asignatura de la Educación para la ciudadanía, Martínez de Aguirre sitúa el debate en un derecho fundamental concernido cual es la libertad ideológica y religiosa, que se contempla en el art. 9 CEDH,

(Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión). 1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, 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 o las libertades de los demás.) en la educación de los hijos, doctrina que se reflja en el art. 2 del Protocolo 1 del CEDH.

Y sin olvidarnos del [art. 2 del Protocolo Adicional 1 del CEDH](#), a cuyo tenor "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asume 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 folosóficas".

La Sentencia [Folgero](#), -ya tratada en este blog- sintetiza la doctrina del TEDH en materia del derecho que asiste a los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas. (Sentencia que ha servido de base a la dictada por el [Tribunal Superior de Justicia de Andalucía](#) de 4 de marzo de 2008 en cuanto a la asignatura de Educación para la Ciudadanía).

En la sentencia del Tribunal Europeo de [DDHH Hasan y Eylem Zengin c/ Turquía](#) se establece la obligación de los Estados, de velar porque no suceda un adoctrinamiento en las escuelas que sea contrario a las convicciones filosóficas y religiosas de los padres, en estos términos:

"Ciertamente, pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o maestro determinados aplican los textos en vigor, y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado por que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrarias a este nivel por imprudencia, faltas de discernimiento o proselitismo intempestivo".²⁵

El Fiscal del Tribunal Supremo no recomienda seguir la vía de la objeción, sino que recomienda pulsar otros mecanismos en los que refugiarse ante la vulneración del Estado de su obligación de velar por el respeto a las convicciones filosóficas y religiosas de los padres en lo que respecta a la educación de sus hijos.

²⁵ Certainly, abuses can occur as to the manner in which the provisions in force are applied by a given school or teacher and the competent authorities have a duty to take the utmost care to see to it that parents' religious and philosophical convictions are not disregarded at this level by carelessness, lack of judgment or misplaced proselytism (see *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, cited above, § 54).

En base a las citadas sentencias el Fiscal del Tribunal Supremo recomienda a los padres actuar en cuanto perciban en cualquier asignatura *"un adoctrinamiento contrario a sus convicciones"*. A lo que añade.. *"Soy consciente de que la denuncia de los concretos adoctrinamientos contrarios a las propias convicciones filosóficas o morales es algo mucho más incómodo-y supone mayor esfuerzo- que la denuncia genérica de una asignatura, pero estoy convencido de que es en esos eventuales adoctrinamientos concretos donde se encuentran las reales vulneraciones del derecho fundamental, frente a las que se pueden exigir de las autoridades educativas- y, si no se es atendido ante los tribunales hasta llegar si es necesario al TEDH, la defensa y salvaguardia del del derecho fundamental.*

En la reclamación que se haga, deberá exponerse el adoctrinamiento que se impugne, y justificarse que es contrario a las convicciones filosóficas o religiosas.

... En relación con las convicciones filosóficas, es sencillo, también en el caso de adoctrinamiento sobre doctrinas políticas, ya que podrá acreditarse la contradicción aportándose un dictamen de alguien que represente un partido reconocido por el Estado, indicando la doctrina del mismo con referencia al programa, y el menosprecio de la misma en el aspecto concreto que los padres estén denunciando. Otras convicciones que han sido apreciadas por el TEDH- aunque no en el ámbito del artículo 2 del protocolo 1- son, por ejemplo, las ideas pacifistas o las contrarias a la práctica de la caza".

El autor reconoce que este procedimiento significa la necesidad de declarar las propias convicciones filosófico-religioso-políticas. Necesidad de manifestación que es contraria ala protección que la Constitución establece en su art. 16,2, según el cual *"Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias"*. Sin embargo lo considera un mal menor en el camino hacia una *"sociedad auténticamente pluralista"*.

PETICIONES REALIZADAS DESDE EL MUNDO DE LA EDUCACIÓN DESESCOLARIZADA A PARLAMENTOS Y DEFENSORES DEL PUEBLO A LOS DISTINTOS NIVELES, EUROPEO, DEL ESTADO ESPAÑOL Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

En primer lugar , analicemos la [Petición 0477/2007, presentada por Catherina Groenevel, de nacionalidad irlandesa, sobre la prohibición de impartir educación privada en su domicilio particular en Alemania](#), al Parlamento Europeo

El caso se refiere a una ciudadana irlandesa que casada con un ingeniero aeronáutico sudafricano debe moverse por diferentes estados y cambiar frecuentemente de residencia. Sin embargo su finalidad es preparar a sus hijos para superar los exámenes dentro del sistema educativo irlandés, y a pesar de estar en el momento de la petición residiendo en Alemania, considera que la escolarización de sus hijos contrariamente a la función educativa de la escuela de avanzar a estos jóvenes en sus conocimientos , iba a suponer un retraso en su desarrollo académico. Creo que es pertinente la reproducción del documento en su totalidad por su brevedad, concisión y claridad.

PARLAMENTO EUROPEO

12.2.2008

COMUNICACIÓN A LOS MIEMBROS

Asunto:

Petición 0477/2007, presentada por Catherina Groeneveld, de nacionalidad irlandesa, sobre la prohibición de impartir educación privada en su domicilio particular en Alemania.

1. Resumen de la petición

La peticionaria, junto con su esposo sudafricano y sus hijos, reside provisionalmente en Alemania y por motivos educativos y familiares prefiere educar a sus hijos en casa, algo que las autoridades alemanas se niegan a autorizar. Sostiene que Alemania es el único Estado miembro de la UE que no autoriza la instrucción privada en el domicilio particular y argumenta que esto es contrario al espíritu del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Por tanto, solicita la intervención del Parlamento.

2. Admisibilidad

Admitida a trámite el 20 de septiembre de 2007. Se pidió a la Comisión que facilitara información (artículo 192, apartado 4, del Reglamento).

3. Respuesta de la Comisión, recibida el 12 de febrero de 2008.

«La peticionaria, de nacionalidad irlandesa, reside en Alemania junto con su esposo sudafricano y sus hijos. Prefiere educar a sus hijos en casa, en vez de tener que enviarlos a una escuela pública o privada reconocida por las autoridades alemanas (por las del Estado federado de Baja Sajonia, en este caso) para que cursen los estudios obligatorios, algo que las autoridades alemanas no juzgan conforme a las disposiciones jurídicas nacionales, a pesar de que, según la peticionaria, no sólo está permitido en su país de origen (Irlanda), sino también en el resto de Estados miembros.

La peticionaria alega, principalmente, que:

*La familia cambia frecuentemente de domicilio debido a la profesión de su esposo (ingeniero en el sector espacial);

* Sus hijos deben examinarse en Irlanda al terminar sus estudios secundarios y, por tanto, es necesario velar por la continuidad de sus estudios, puesto que difícilmente podrán aprobar dicho examen si sus estudios se ven interrumpidos por su inserción en el sistema educativo alemán;

* La familia ha rechazado la otra alternativa, consistente en matricular a sus hijos en una escuela internacional en Alemania, por razones tanto económicas como sociales, es decir, para permitirles que tengan un mayor contacto con la sociedad local, algo que, según la peticionaria, no podrían hacer en una escuela de este tipo, por lo que la única solución viable sería la educación privada en el domicilio;

* Se debería garantizar la movilidad de los estudiantes y la libertad de circulación de los trabajadores, lo que también implicaría la posibilidad de que su familia se integrara en el país de acogida del modo que más le conviniera;

* La educación en el domicilio, en su opinión, favorece la diversidad lingüística y cultural en mayor medida que las escuelas alemanas;

*Un informe de las Naciones Unidas sobre derechos humanos en materia de educación insta a Alemania a abrirse más a la educación a distancia y en el domicilio.

Por último, la peticionaria adjunta a su petición las copias de su correspondencia con las autoridades alemanas, así como una serie de documentos sobre el enfoque plural de la enseñanza escolar en varios países del mundo. Además, afirma que su petición cuenta con el apoyo de dos diputadas al Parlamento Europeo: Kathy Sinnott, diputada al PE por la circunscripción electoral del Sur de Irlanda perteneciente al Grupo parlamentario europeo Independencia/Democracia, y Hiltrud Breyer, diputada al PE alemana perteneciente al Grupo parlamentario europeo de los Verdes/Alianza Libre Europea.

Posición de la Comisión

La Comisión ha constatado que no existe ninguna disposición en la legislación de la Unión Europea por la que un Estado miembro esté obligado a sustituir la enseñanza escolar obligatoria por una educación privada en el domicilio. De hecho, esta cuestión depende, por una parte, de la organización del sistema educativo y, por otra, del contenido educativo, ámbitos en los que la Comunidad, en virtud del artículo 149 del Tratado CE, sólo puede apoyar y completar la acción de los Estados miembros, pero siempre en el pleno respeto de sus responsabilidades.

A la luz de lo anterior, la Comisión no considera oportuno comentar la legitimidad general de cada uno de los argumentos expuestos por la peticionaria como, por ejemplo:

*Si la educación en el domicilio favorece el desarrollo de las relaciones sociales y la integración en la vida social local en mayor medida que la enseñanza escolar general, incluidas las escuelas internacionales;

* Las diversas condiciones y modalidades que cada Estado miembro prevé para la educación en el domicilio como sustitutivo de la enseñanza escolar general. De hecho, la educación en el domicilio se trataría de un caso excepcional.»

Artículo 149 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

«1. La Comunidad contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística.

2. La acción de la Comunidad se encaminará a:

— desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, especialmente a través del aprendizaje y de la difusión de las lenguas de los Estados miembros,

— favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios,

- promover la cooperación entre los centros docentes,
- incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros,
- favorecer el incremento de los intercambios de jóvenes y de animadores socioeducativos,
- fomentar el desarrollo de la educación a distancia.

3. La Comunidad y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de educación y, en particular, con el Consejo de Europa.

4. Para contribuir a la realización de los objetivos contemplados en el presente artículo, el Consejo adoptará:

- con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros,
- por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, recomendaciones.»

La respuesta de Kathy Sinnott (Vicepresidenta de la Comisión de Peticiones de la UE) a Catherina Groeneveld

El examen del caso planteado por Catherine Groeneveld a la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo recibió respuesta por parte de ésta, que, sin embargo, deja la pelota en el tejado de los propios Estados miembros ya que a ellos compete la decisión sobre el sistema educativo interno. Así lo establece la citada Comisión al afirmar que "No existe ninguna disposición en la legislación de la Unión Europea por la que un Estado miembro esté obligado a sustituir la enseñanza escolar obligatoria por una educación privada a domicilio."

La Comisión Europea, por su parte, ha decidido abrir un diálogo para introducir este tema en el orden del día de sus encuentros regulares con el Estado alemán. La Comisión de Peticiones está realizando actualmente un informe "sobre abusos de la judicatura alemana contra padres no alemanes" y ha decidido incluir este aspecto en su informe. Alemania, al contrario que Irlanda, señala al Estado como la autoridad principal responsable de la garantía de los derechos del niño, y no sus padres. Alemania tiene el dudoso honor de encabezar el ranking de la Unión Europea en el número de niños cuya custodia es asumida por el Estado.

Estas son las palabras de Katty Sinnott, presidenta del Comité de Peticiones:

Esta petición pone en cuestión la movilidad de los trabajadores. Una de las garantías del mercado común europeo es la libertad de movimiento de trabajadores dentro de UE. Somos muy conscientes de que los trabajadores tienen familias y que les deben dar facilidades dentro de las normativas laborales para hacer frente a sus necesidades. Sin embargo, la postura de Alemania frente a la educación en casa pone en cuestión este principio y fuerza a las familias a elegir entre el trabajo y el

interés de los niños. La necesidad de políticas laborales respetuosas con las necesidades familiares deben ser reconocidas en toda la Unión Europea. Es necesaria una mínima flexibilidad en la educación de aquellos niños de familias en situación de residencia temporal en otro Estado de la Unión por razones laborales. Tampoco hay que olvidar la actitud de los tribunales de menores alemanes ([Jugendamt](#)) hacia familias de origen distinto al alemán. Confío en que el diálogo entre la Comisión y el Estado Alemán resolverá esta situación de discriminación.

Informe del Ararteko al Parlamento Vasco 2007 (página 72)

Escolarización

La organización SOS Racismo de Gipuzkoa-Gipuzkoako SOS Arrazakeria ha promovido una queja en la que se cuestionaban las decisiones adoptadas por la Administración educativa en cuanto a la escolarización de unos menores pertenecientes a una familia de etnia gitana, ya que, según esta organización, tales decisiones ignoraban el derecho de los padres a la libre elección de centro para sus hijos.

La actual ordenación educativa garantiza la admisión de todos los alumnos sin más limitaciones que las que puedan derivar de los requisitos de edad y de las condiciones académicas exigidas para el acceso, salvo circunstancias objetivas de falta de plazas. Por ello, no siendo este el caso (nos referimos a la falta de plazas), a juicio de esta institución, la Administración educativa debe compaginar las intervenciones compensatorias que estime necesarias con el derecho de libre elección de centro por parte de las familias, sin que las primeras, por muy loable que sea el propósito que se siga con ellas, puedan llevar a impedir el ejercicio de este derecho de elección de centro.

Desde esta perspectiva, valorado el caso, hemos entendido que no se daban motivos de entidad para que la opción realizada por la familia y la aportación administrativa de un enfoque pedagógico entrasen en conflicto.

Sin embargo, la Administración educativa ha esgrimido lo avanzado del presente curso escolar 2007-2008 como razón que aconseja no variar las actuales condiciones de escolarización de estos menores, al tiempo que nos ha hecho conocedores de la situación de absoluta normalidad conforme a la que se desarrolla su escolarización.

En este apartado, queremos hacer referencia también a la presentación de quejas en las que padres separados, que mantienen la custodia de sus hijos, han mostrado su contrariedad ante el proceder de la Administración educativa, que ha autorizado el traslado de centro de sus hijos con la sola voluntad de uno de los progenitores. Estas quejas no son ninguna novedad para esta institución. Los responsables educativos justifican su proceder en aplicación de lo preceptuado en el artículo 156 del Código Civil ("serán válidos los actos que realice cada uno de el/os (de los progenitores) conforme al uso social y a las circunstancias ... En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos, podrá acudir al Juez"). No obstante, es nuestro propósito ahondar en el estudio de un mejor tratamiento de este tipo de casos.

Por otro lado, aun cuando ya nos referimos a ello en el apartado dedicado al área de función pública, al cual nos remitimos, debemos mencionar también los problemas que se han suscitado para la normal prestación del servicio en las escuelas dependientes del Consorcio Haurreskolak en torno a la festividad de Semana Santa.

Para finalizar, es obligado citar un asunto que ha supuesto una importante novedad para esta institución. Se trata de la intervención realizada a instancia de una familia que ha optado por educar a sus hijos dentro del ámbito familiar, renunciando a su escolarización presencial.

La decisión de esta familia de renunciar a la escolarización presencial de sus hijos y optar, en su lugar, por un modelo educativo de educación en casa o homeschooling

ha desencadenado una serie de actuaciones por parte de la Inspección educativa que finalmente han llevado a la intervención del Ministerio Fiscal. Esta circunstancia nos ha obligado a tener muy presente el deber legal de abstención que se establece en el artículo 13.1 de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución.

Por consiguiente, además de expresar nuestro más absoluto respeto a lo que resulte de las diligencias de investigación que en estos momentos ocupan a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, lo cierto es que no hemos podido entrar a analizar la cuestión objeto de dichas diligencias de la Fiscalía y emitir un dictamen valorativo sobre el proceder de la Administración educativa. Hemos entendido, no obstante, que, en el ejercicio de nuestras atribuciones, debíamos demandar una reflexión que explore las posibilidades de que la formación educativa no escolarizada impartida en el hogar familiar, lo que se conoce como homeschooling encuentre acomodo en la legislación sobre educación, puesto que, como han tenido ocasión de señalar otras instituciones homólogas a la nuestra, la ausencia de regulación legal de unas prácticas educativas cada vez más extendidas sólo puede redundar en un perjuicio para los menores afectados y para sus familias.

El Ararteko además emitió un informe sobre el caso de la familia Branson-Sanchez, en el que contiene su valoración sobre la educación desescolarizada.

El Defensor del Pueblo, en su informe al Parlamento de 2006 también dedicó un apartado a este tipo de educación en estos términos:

Informe del Defensor del Pueblo 2006

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO A LAS CORTES GENERALES

AÑO 2006

Contenido relevante:

7. ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA

7.1. EDUCACIÓN NO UNIVERSITARIA

7.1.2. ESCOLARIZACIÓN

pp. 374-375

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO CORRESPONDIENTE A 2006
p. 374

Para concluir, dado el carácter novedoso dentro de nuestro sistema educativo, del planteamiento que en la misma se realiza parece oportuno mencionar una última queja cuyos promoventes, padres de tres niños en edad de cursar enseñanzas obligatorias, se refieren a las cortapisas que están encontrando para que la educación de sus hijos se produzca en su ámbito familiar, sin necesidad de proceder a su escolarización en un centro docente.

Los reclamantes, al entender, en principio, que éste era el único sistema que permitiría obtener el objetivo indicado y, al propio tiempo, garantizaría que los conocimientos e sus hijos fueran debidamente revalidados dentro del sistema educativo, solicitaron de a administración educativa competente que sus hijos fuesen matriculados en el centro que gestiona la educación a distancia, que la normativa vigente permite acudir a la referida modalidad de enseñanza cuando se trata de alumnos en edad de cursar enseñanzas obligatorias, instándose a los reclamantes a la escolarización de los menores.

Los reclamantes entendían que la decisión anterior ignora el derecho constitucional de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos también en etapas educativas obligatorias que, en el supuesto que plantean, implica la asunción por la familia de forma directa de la educación de sus hijos en las correspondientes etapas educativas, y señalaban que distintos países europeos cuyas legislaciones consagran también el carácter obligatorio de determinadas enseñanzas, contemplan la educación en el ámbito familiar como uno de los sistemas a los que los padres pueden acudir para dar cumplimiento a los deberes que, en orden a la educación de sus hijos, les imponen las leyes educativas.

Esta Institución, examinados los términos del planteamiento que ha quedado expuesto, que en última instancia es revelador de la creciente pluralidad de la sociedad española, ha considerado oportuno iniciar un trámite informativo con la finalidad de conocer eventuales proyectos del Ministerio de Educación y Ciencia, dirigidos a establecer las modificaciones normativas necesarias para el reconocimiento en nuestro ordenamiento educativo de la validez de la fórmula educativa que propugnan los promoventes de la queja (06042663).

Informe del defensor del Pueblo Andaluz, al parlamento de Andalucía

De 2005.

Derechos relativos a la educación.

El Derecho de todos los ciudadanos a la Educación aparece consagrado en el artículo 27 de nuestro texto Constitucional, y no sólo es un derecho de reconocimiento absoluto, sino que comprende a su vez una serie de derechos y libertades, que aparecen igualmente reconocidos en el citado precepto, y que lo desarrollan y particularizan configurando un amplio espectro de derechos y libertades educativas que gozan del amparo y la protección que el artículo 53 de la Constitución otorga a los Derechos y Libertades Fundamentales de los ciudadanos recogidos en el Título I.

Es, por tanto, el Derecho a la Educación un derecho bifronte, por un lado amplio y absoluto en su reconocimiento taxativo a todos los ciudadanos de la posibilidad de exigir de los Poderes Públicos una formación que les permita el pleno desarrollo de su personalidad; y por otro lado, compendio de una serie de derechos y libertades concretas y específicas que delimitan los diversos aspectos en que debe hacerse efectivo el genérico Derecho a la Educación.

En atención a este carácter bifronte del Derecho a la Educación, la misión de salvaguardia de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos consagrados en el Título I de la Constitución, que esta Institución tiene encomendada por el Estatuto de Autonomía para Andalucía y por la Ley 9/1983 de 1 de Diciembre, se concreta en una labor de supervisión de todas aquellas actuaciones de la Administración Pública que puedan afectar, tanto al Derecho a la Educación en su sentido más primario y pleno, como a los distintos derechos y libertades que lo concretan y particularizan.

En este sentido, y tomando en consideración las limitaciones de espacio que el presente apartado nos impone, adoptamos en su momento la decisión de dedicar nuestro análisis anual de la situación en Andalucía de los derechos relativos a la Educación, a tratar únicamente alguno de los múltiples aspectos que presenta este Derecho Fundamental, con el fin de evitar reiteraciones en los planteamientos y poder tratar con un mínimo detenimiento el aspecto seleccionado como objeto de análisis.

A este respecto, vamos a dedicar nuestra atención en el presente año a una cuestión que, aunque pueda parecer extraña a la realidad cotidiana de nuestro sistema educativo y afectar tan sólo a colectivos muy minoritarios de la comunidad educativa, creemos que presenta rasgos de especial interés y podría llegar a convertirse en una cuestión de relevancia social y educativa en un futuro no muy lejano.

Nos referimos al creciente fenómeno social y educativo de las familias que optan por modelos no tradicionales o informales para la educación de sus hijos, entre los que cada vez parece tener más predicamento el colectivo de los denominados "homeschoolers", partidarios de educar a los hijos en el seno del hogar familiar, con el fin de alejarlos de un sistema educativo formal cuyos valores, principios y métodos entienden equivocados, perjudiciales o contradictorios con sus propios valores y creencias.

Modelos educativos alternativos. La educación en casa.

El número de familias que optan por educar a sus hijos en casa, rechazando el sistema educativo tradicional por razones morales, filosóficas o religiosas es actualmente muy elevado en algunos países occidentales, especialmente en Estados Unidos, Australia, Canadá y el Reino Unido. Se trata de un fenómeno que viene experimentando un constante auge, a la vez que van sumándose al mismo diversos países europeos, entre ellos España.

La escolarización en casa de los hijos está reconocida como una posibilidad legalmente aceptable –según los datos de que disponemos- en los siguientes países europeos: Bélgica, Dinamarca, Eire, Francia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Suiza, Reino Unido y Austria

Por el contrario no cuenta con reconocimiento legal esta forma de educación alternativa en Alemania y sólo esta permitida en Chipre para los hijos de extranjeros.

La situación legal de este fenómeno en Grecia y Holanda no está clara, aunque no se tiene constancia de que se haya emprendido actuación judicial alguna por este motivo contra ningún progenitor.

Para determinar cuál es la situación en España en relación a la *educación en casa* habría que analizar con cierto detenimiento la legislación educativa vigente.

En este sentido, debemos acudir en primer lugar a la Constitución que en su artículo 27.4 establece que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita». El tenor literal de este precepto constitucional es susceptible de un doble interpretación basada en el concepto enseñanza básica. Así, una primera y generalizada interpretación es la que entiende que enseñanza es sinónimo de escolarización, por lo que debe considerarse que la escolarización de los menores durante los años que la legislación educativa considera como enseñanza básica es obligatoria –y además gratuita-.

Por el contrario, otros interpretan que el término enseñanza debe entenderse como sinónimo de educación, por lo que el legislador constitucional se habría limitado a estipular la obligatoriedad de que los menores reciban la educación que se considere como básica por la legislación educativa durante los años que, asimismo, determine dicha legislación.

Los defensores de esta segunda interpretación entienden que la Constitución se limita a concretar el derecho de todos a la educación que preconiza el artículo 27 en su apartado 1, especificando que deberá existir una educación considerada como básica y que la misma será obligatoria y gratuita, pero en ningún caso, a juicio de estas personas, la Constitución impone la obligatoriedad de que dicha educación básica deba impartirse necesariamente por medio del sistema educativo tradicional, impidiendo otras formas alternativas de educación.

Quienes así piensan, sostienen que el derecho a la educación de los hijos y el correlativo deber de educar de los padres se deberán entender satisfechos cuando se facilite a los hijos el acceso a los contenidos formativos y educativos determinados como básicos por la legislación educativa, durante los tramos de edad que asimismo determine dicha legislación, sin que de la Constitución pueda deducirse que dicho derecho y dicho deber deban ejercerse necesariamente a través del sistema educativo tradicional mediante la escolarización de los menores en centros docentes.

Quienes defienden la interpretación opuesta de este precepto constitucional aducen fundamentalmente en su apoyo a la regulación contenida en las distintas normas educativas que conforman la legislación de desarrollo de este derecho fundamental.

En este sentido, y para conocer como se ha ido regulando esta cuestión en las diversas normas que han desarrollado el derecho fundamental a la educación en nuestro País debemos hacer una primera referencia a la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE) que en su artículo 1.1 establece lo siguiente

«Art. 1.1. Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca.»

Del análisis de este precepto no parece deducirse necesariamente que exista una correlación obligatoria entre educación básica y escolarización obligatoria.

Por el contrario, la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) en su artículo 5 estipula lo siguiente:

«Art. 5.1. La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la enseñanza básica. La enseñanza básica comprenderá diez años de escolaridad, iniciándose a los seis años de edad y extendiéndose hasta los dieciséis.

Art. 5.2. La enseñanza básica será obligatoria y gratuita.»

La mención a los diez años de escolaridad como contenido de la enseñanza básica y su insistencia en el carácter obligatorio y gratuito de dicha enseñanza básica, parecen apuntar claramente por una identificación entre el concepto recogido en el art. 27.4 de la Constitución «enseñanza básica» y la idea de "escolarización" del alumno, normalmente entendida como la incorporación formal del menor al sistema educativo mediante la matriculación en un centro docente.

Se da así la circunstancia de que, mientras la LODE hace pivotar el derecho reconocido constitucionalmente en el art. 27 sobre el concepto "educación", la LOGSE opta claramente por situar como eje del derecho el concepto de "escolaridad".

Esta situación se mantiene tras la aprobación posterior de la Ley Orgánica de Calidad en la Educación (LOCE), cuyo artículo 9 estipula lo siguiente:

«Art. 9. Enseñanza básica.

1. La enseñanza básica comprende la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

2. La enseñanza básica incluye diez años de escolaridad. Se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis.

3. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, en las condiciones establecidas en la presente Ley.»

Por su parte el proyecto de la que será la futura Ley Orgánica de Educación (LOE), aún en tramitación parlamentaria, estipula en sus arts. 3.3 y 4 lo siguiente:

«Art. 3.3. La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica.

Art. 4. La enseñanza básica.

1. La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas.

2. La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso, en las condiciones establecidas en la presente Ley.

3. A lo largo de la enseñanza básica se garantizará una educación común y la atención a la diversidad del alumnado como principios fundamentales. Cuando tal diversidad lo requiera, se adoptarán las medidas organizativas y curriculares pertinentes, según lo dispuesto en la presente Ley.»

Parece, por tanto, que toda la legislación de desarrollo del derecho fundamental a la educación, si acaso con la excepción de la LODE, apuestan por considerar que el cumplimiento del mandato constitucional de la existencia de una enseñanza básica y obligatoria sólo puede materializarse mediante la escolarización de los menores entre 6 y 16 años en alguno de los centros que conforman el sistema educativo.

Desde esta perspectiva estrictamente legal, resulta difícil llegar a otra conclusión que no sea entender que la *educación en casa* o educación no formal no tiene cabida legal en nuestro vigente ordenamiento educativo.

No obstante, esta premisa que parte del análisis de la legislación de desarrollo del art. 27 de la Constitución, no necesariamente debe llevarnos a concluir que las alternativas educativas distintas de la formal o presencial deban ser reputadas como inconstitucionales o contrarias al derecho fundamental a la educación contenido en el artículo 27 de la Constitución.

Dicho de otro modo, puede que la *educación en casa* sea actualmente ilegal por no estar contemplada en la legislación educativa vigente (LOCE), pero ello no quiere decir necesariamente que sea inconstitucional, puesto que el Tribunal Constitucional aún no ha emitido un pronunciamiento claro sobre la adecuación a la Carta Magna de este modelo alternativo de educación. Y ello, pese a la existencia de algunas sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional que directa o indirectamente se refieren a los límites y contenidos del derecho a la educación.

Una jurisprudencia de la que nos parece interesante destacar la Sentencia del Tribunal Supremo 1669/1994, de 30 de Octubre, que entendió, en casación por infracción de Ley, respecto de una Sentencia de la Audiencia de Barcelona relacionada con una secta que educaba a los hijos de sus adeptos fuera del sistema educativo tradicional. De dicha sentencia extraemos los siguientes Fundamentos de Derecho:

«Las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que los 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 la 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.

(...) La sentencia del Tribunal Constitucional antes citada (STC de 13 de Febrero 1981) si bien declara que la libertad de creación de centros docentes incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúen fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la acción educativa está limitada por el respeto a los derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia.

Esta posibilidad excluye del tipo penal, los modelos de enseñanza que se desarrollen en el ámbito estricto de un núcleo familiar clásico o incluso en comunidades cerradas de estructura cuasi-familiar sin perjuicio de la indeclinable obligación de los poderes públicos de velar por el cumplimiento de las previsiones mínimas que no son otras que garantizar el respeto a los principios constitucionales.

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

(...) 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. La familia es un ámbito de relación que puede contribuir a la formación integral de la persona, si bien, limita la posibilidad de interrelaciones personales y sociales necesarias en una sociedad abierta y competitiva. En este punto se puede discrepar de la elección efectuada por los padres de los menores y no es descartable la intervención del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente ante el Juez para evitar consecuencias perjudiciales para el menor, pero el ámbito apropiado para ejercitar esta acción protectora es el marcado por el ordenamiento civil.»

Esta misma cuestión fue planteada mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que resolvió en su Sentencia 260/1994, de 11 de Noviembre, desestimando los recursos presentados sin llegar a formular un pronunciamiento claro sobre el fondo de la cuestión suscitada por entender que no era necesario para resolver el recurso.

Dado que la Sentencia del Tribunal Supremo es –según nuestras noticias- la única que se ha dictado por el Alto Tribunal sobre esta cuestión, no cabe entender que estemos ante una resolución que cree jurisprudencia, sin perjuicio de que sienta un precedente de gran trascendencia para posteriores controversias judiciales.

En definitiva, la cuestión de la posible constitucionalidad de la educación en casa no está aun resuelta en sede jurisdiccional, por lo que habrá que esperar a ulteriores pronunciamientos judiciales para una más clara determinación de los límites y contenidos del derecho a la educación.

En este sentido, y aunque no corresponde a esta Institución anticipar un pronunciamiento de constitucionalidad sobre tan delicada cuestión, sí estimamos oportuno que se vaya abriendo paso en Andalucía un debate sobre este tema por cuanto estamos convencidos de que el mismo va a ser ineludible en un plazo breve de tiempo.

Y decimos que este debate no debe postergarse porque, como señalábamos al inicio de este texto, los partidarios de este modelo alternativo de educación son cada vez más numerosos en países europeos donde esta práctica es legal, como es el caso del Reino Unido, dándose la circunstancia de que un número importante de integrantes de la creciente colonia de extranjeros residentes en España, y particularmente en Andalucía, proceden de esos países, por lo que resulta previsible que comiencen a surgir casos de familias de origen extranjero que decidan optar por esta forma alternativa de educación en nuestra Comunidad. Una realidad que, a buen seguro, promoverá la difusión de esta práctica educativa entre las familias españolas.

A este respecto, ciertos datos parecen indicar que está aumentando en nuestra Comunidad el predicamento de esta educación alternativa, como lo demuestra el hecho de que hayan sido varios los casos en que esta Institución ha debido intervenir durante el año 2005 –**queja 05/3442** y **queja 05/4331**- al recibir escritos de familias –españolas y extranjeras- afectadas por la falta de regulación legal de esta práctica educativa.

Es evidente que estas familias siguen siendo numérica y estadísticamente una minoría de escasa significación respecto del total de la población en edad escolar en Andalucía. No obstante, aparte de que sea previsible que su número siga creciendo, esta irrelevancia estadística no implica que los casos de estas familias no deban ser objeto de la debida atención por parte de esta Institución y de la Administración Educativa.

En los dos supuestos analizados por esta Institución durante el pasado año nos encontramos con varias familias denunciadas por incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, por haber optado por educar a sus hijos fuera del sistema educativo formal. Las denuncias fueron inicialmente tramitadas conforme a los protocolos establecidos para los supuestos de absentismo escolar. No obstante, los informes emitidos por los profesionales que entrevistaron a padres y menores ponían de manifiesto que los chicos estaban siendo instruidos por sus propias familias –dos de los progenitores eran profesionales de la docencia- y no presentaban indicios de encontrarse desasistidos o estar en situación de riesgo. De hecho presentaban un nivel educativo y un grado de socialización y relación con otros menores que podían parangonarse con los de otros chicos de su misma edad.

A la vista de estos informes, y dada la persistente negativa de los padres a escolarizar a sus hijos en centros docentes, tanto la Administración Educativa como la Entidad de Protección de Menores optaron por una cierta inhibición en el asunto, que se vio bruscamente alterada al decidir el Ministerio Fiscal denunciar judicialmente la situación de estos menores. En el Juicio que sobrevino a continuación se requirió a las familias para que escolarizaran a sus hijos bajo

amenaza de ser declarados los menores en desamparo y puestos bajo la tutela de la Administración.

Aunque el asunto aún se debate procesalmente, la dureza del pronunciamiento judicial obligó a una de las familias a escolarizar contra su voluntad a sus hijos para evitar el trauma de su desamparo administrativo, mientras la otra familia –nacional de un Estado de la Unión Europea- optó por marcharse a su país de origen antes que renunciar a sus principios educativos.

Tanto la resolución judicial, como la actuación administrativa al aplicar el protocolo para casos de absentismo escolar, son absolutamente correctas desde un punto de vista estrictamente jurídico, ya que, como hemos señalado anteriormente, la vigente legislación educativa española no contempla la posibilidad de formas alternativas o no formales de educación. No obstante, no podemos dejar de preguntarnos si estas actuaciones, además de ser adecuadas jurídicamente, han servido realmente al objetivo último de garantizar la plenitud del derecho fundamental a la educación de los menores en cuestión.

A nuestro entender, y coincidimos en ello con la Sentencia antes citada del Tribunal Supremo, la Constitución lo que pretende garantizar en su artículo 27 es que los menores reciban una formación integral y adecuada que les permita el pleno desarrollo de su personalidad y les capacite para afrontar el reto de su futura integración social y laboral, pero no impone que esa formación deba ser adquirida necesariamente a través de la escolarización del menor en el sistema educativo formal, excluyendo otros modelos educativos no formales.

Lo esencial, a nuestro modo de ver, es que el menor reciba una formación integral. Y eso implica no sólo la adquisición de unos conocimientos mínimos y adecuados a su edad, sino también una formación en valores y el aprendizaje de unos principios acordes con los que fundamentan la sociedad democrática en que el menor ha de desenvolverse. Asimismo, es importante que el menor complemente su formación con la adquisición de unas habilidades sociales que le permitan relacionarse en condiciones de normalidad con sus iguales y con el resto de la sociedad.

Por lo tanto, y desde este punto de vista, el derecho a la educación de los menores podría concretarse en tres aspectos fundamentales: educación, formación y socialización.

Por lo que se refiere tanto a la educación –conocimientos mínimos-, como a la formación –valores y principios-, creemos que conformarían el sustrato fundamental del concepto constitucional de “enseñanza básica” y que, por lo tanto, deberían ser establecidos y controlados por la Administración Educativa a través de la legislación educativa y de los oportunos planes de estudios.

El papel de la Administración Educativa en este ámbito debería ser doble; por un lado, ofrecer a las familias un conjunto organizado de medios personales y materiales –el sistema educativo- donde los menores puedan ser educados y formados adecuadamente, y, por otro lado, velar porque los menores cuyas familias opten por sistemas educativos alternativos reciban una educación y una formación que cumplan las estipulaciones mínimas exigidas por la legislación educativa y los planes de estudio en vigor.

En cuanto a la socialización de los menores, es una cuestión que excede de lo estrictamente educativo para incardinarse en el ámbito de lo social. Pretender que únicamente el sistema educativo formal garantiza la adecuada socialización de un

menor, nos parece una afirmación excesiva y una pretendida tautología que la realidad se encarga de desmentir con frecuencia.

Es verdad que lo normal es que la capacidad de un menor para relacionarse con sus iguales se desarrolle fundamentalmente durante el periodo de escolarización del mismo, ya que es entonces cuando establece sus primeros vínculos afectivos fuera del entorno familiar o estrictamente vecinal. No obstante, nada impide a un menor no escolarizado formalmente relacionarse con otros menores en lugares de esparcimiento y ocio públicos tales como parques, bibliotecas o zonas recreativas y adquirir unas habilidades sociales que le permitan un nivel de socialización adecuado.

La misión de los poderes públicos en este ámbito recae fundamentalmente sobre los servicios sociales y la entidad de protección de menores y debería orientarse a velar porque los menores tengan garantizados unos espacios de socialización y relación que les posibiliten un adecuado desarrollo de su personalidad.

Si un menor tiene garantizadas la educación, la formación y la socialización, aunque no se hayan seguido los cauces educativos formales, podríamos decir que se ha dado cumplimiento a la esencia del mandato contenido en el artículo 27 de la Carta Magna y que, por tanto, ese menor ha podido ejercer adecuadamente su derecho a la educación.

En este sentido, creemos que la Administración Educativa debería plantearse seriamente la necesidad de regular las formas alternativas de educación, ya que la ausencia de regulación legal de unas prácticas educativas cada vez más extendidas sólo puede redundar en un perjuicio para los menores afectados y para sus familias.

Una regulación que, de producirse, debería a nuestro juicio tener por finalidad el establecimiento de mecanismos de vigilancia y control para garantizar que las familias que opten por estos sistemas educativos alternativos ofrezcan a sus menores una educación, una formación y una socialización adecuadas.

Así, creemos que resulta cada vez más ineludible que se establezcan mecanismos para evaluar los conocimientos educativos y la formación en valores de los menores que se eduquen fuera del sistema educativo formal, con el doble objetivo de, por un lado, garantizar que los mismos están accediendo a la "enseñanza básica" legalmente determinada y, por otro lado, posibilitar que estos menores puedan incorporarse en cualquier momento que lo deseen al sistema educativo formal.

Se trataría de establecer algún tipo de prueba o mecanismo de evaluación y control para determinar si los conocimientos y los valores que están adquiriendo estos menores son equiparables a los exigidos por la Constitución y por la legislación educativa para su tramo de edad. Estas pruebas deberían posibilitar la incorporación del menor al nivel correspondiente del sistema educativo formal.

Asimismo, creemos que sería indispensable que por parte de la Administración Asistencial –servicios sociales y/o protección de menores- se estableciesen mecanismos de control y vigilancia destinados a garantizar que los menores cuyas familias optan por sistemas educativos no formales no están sometidos a ninguna situación de riesgo y tienen garantizados sus derechos básicos como menores, en particular por lo que se refiere al derecho a socializarse y relacionarse normalmente con otros menores.

Nos encontramos en los albores de un nuevo siglo que ya parece marcado por el enfrentamiento entre fenómenos tan aparentemente contradictorios entre sí como son, por un lado, la extensión y profundización de la globalización económica, social y cultural, y, por otro lado, el auge del individualismo, de los nacionalismos y de la situaciones de soledad y aislamiento personal.

En esta nueva sociedad, confusa y contradictoria, son cada vez más las personas y los grupos que huyen de los modelos formales, de las soluciones tradicionales y de los pensamientos únicos, en busca de soluciones o alternativas propias que les permitan creer que, al menos en alguna medida, son dueños de su propia vida y artífices de su destino.

Pretender que nuestro país o nuestro sistema educativo van a permanecer ajenos a esas nuevas realidades sociales, nos parece un ejercicio de ingenuidad que no nos conduce a nada positivo. Si observamos a los países de nuestro entorno y vislumbramos el futuro con una cierta perspectiva, nos daremos cuenta de que no podemos seguir apostando por un único modelo educativo, concebido como algo exclusivo y excluyente que condena sin paliativos a la ilegalidad o incluso criminaliza a todo aquel que opta por modelos educativos alternativos.

En nuestra opinión es necesario abrir un debate social, especialmente en el seno de la comunidad educativa, en el que se analicen las nuevas realidades sociales y educativas y se vayan perfilando las claves para una nueva legislación que habrá de buscar como conjugar el derecho de las familias a decidir libremente el tipo de educación que quieren para sus hijos, con el deber de los poderes públicos de garantizar que cualquier modelo educativo que se elija respete íntegramente el derecho fundamental de los menores a acceder a una educación que tenga por objeto el pleno desarrollo de su personalidad y el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

PRESENTACIÓN DEL INFORME ANUAL DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ DE 2005 ANTE EL PLENO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA

Sevilla, 27 de Septiembre de 2006

Otro tema que nos preocupa está relacionado con el número de familias que optan por **educar a sus hijos en casa**, rechazando el sistema educativo tradicional por razones, morales, filosóficas o religiosas es actualmente muy elevado en algunos países occidentales, y se trata de un fenómeno que viene experimentando un constante auge y al que van sumándose nuevos países, entre ellos España.

Esta opción educativa está reconocida como una posibilidad legalmente aceptable en la inmensa mayoría de los países europeos y solamente en unos pocos -entre los que cabría citar a Alemania- no cuenta con un claro reconocimiento legal, aunque tampoco tengamos noticias de que sea perseguida legal o penalmente.

En nuestro país, las distintas normas que se han dictado en desarrollo del

artículo 27 de la Constitución han venido estableciendo la obligatoriedad de la escolarización de los menores de entre 6 y 16 años en alguno de los centros docentes que conforman el actual sistema educativo. Por tanto, desde esta perspectiva estrictamente legal es evidente que la educación en casa o educación no formal no tiene cabida en nuestro vigente ordenamiento educativo.

No obstante, ello no quiere decir necesariamente que estas opciones educativas sean inconstitucionales, puesto que el Tribunal Constitucional aun no ha emitido un pronunciamiento claro sobre la adecuación a la Carta Magna de los modelos alternativos de educación. En este sentido, estimamos oportuno que se vaya abriendo paso en Andalucía un debate social sobre este tema por cuanto estamos convencidos de que la ausencia de regulación legal de unas prácticas educativas cada vez más extendidas solo puede redundar en un perjuicio para los menores afectados y para sus familias.

Una regulación que, de producirse, debería a nuestro juicio tener por finalidad el establecimiento de mecanismos de vigilancia y control para garantizar que las familias que opten por estos sistemas educativos alternativos ofrecen a sus menores una educación, una formación y una socialización adecuadas.

Nos encontramos en los albores de un nuevo siglo que ya parece marcado por el surgimiento de una nueva sociedad, confusa y contradictoria, en la que cada vez son más las personas y los grupos que huyen de los modelos formales, de las soluciones tradicionales y de los pensamientos únicos, en busca de soluciones o alternativas propias que les permitan creer que, al menos en alguna medida, son dueños de su propia vida y artífices de su destino.

Pretender que nuestro país o nuestro sistema educativo van a permanecer ajenos a esas nuevas realidades sociales, nos parece un ejercicio de ingenuidad que no nos conduce a nada positivo.