

LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS EN LA SENTENCIA 133/2010 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SOBRE EDUCACIÓN EN FAMILIA

José María Martí Sánchez
Universidad de Castilla-La Mancha

Abstract: We analyze the Article 10.2 of the Constitution and its consequences on the judgment 133/2010 of the Constitutional Court. In it are mentioned several international instruments. We stress the weight of the European Court of Human Rights and we included a brief description of his thought. Finally, we propose a more generous view face to homeschooling, from to the European Council's Resolution 1904 (2012) 'The right to freedom of choice in education in Europe'.

Keywords: Constitutional Court judgment 133/2010, international human rights sources, European Court of Human Rights.

Resumen: Se analiza el artículo 10.2 de la Constitución y su influjo en la sentencia 133/2010. Son varios los instrumentos internacionales mencionados. Destaca el peso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de ahí su breve descripción. Por último, se plantea un enfoque más generoso sobre la educación en familia, a partir de la Resolución 1904 (2012) "El derecho a la libertad de elección educativa en Europa".

Palabras clave: Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010; fuentes internacionales sobre derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SUMARIO: 1. El interés de la educación en familia (homeschoooling).- 2. El peso de la doctrina del Tribunal Europeo y los textos internacionales, sobre derechos humanos, en la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010.- 2.1 El valor interpretativo de los instrumentos internacionales y su jurisprudencia, según el artículo 10.2 de la Constitución.- 2.2 Referencias de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010 a documentos internacionales y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- 3. El TEDH y la

educación en familia.- 3.1 Doctrina general.- 3.2 Los pronunciamientos sobre la educación en familia en la Comisión y el TEDH.- 3.3 Análisis de la doctrina jurisprudencial.- 4. La doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010.- 5. Una nueva perspectiva del Consejo de Europa: Resolución 1904 (2012) “El derecho a la libertad de elección educativa en Europa” (The right to freedom of choice in education in Europe).- 6. Recapitulación.- 7. Referencias bibliográficas.

1. EL INTERÉS DE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA (HOMESCHOOLING)

Nos ocupamos de la educación en familia por lo mucho que aporta a los dos problemas mayores que afectan hoy a la educación. Nos referimos, por un lado, a la solvencia del mismo proceso formativo, aquejado de la apatía y desorientación de la generación adulta, y, por otro, a su vocación en pro del desarrollo del niño, amenazado por la tutela oficialista. Las corrientes político-ideológicas, desde la Ilustración, han rodeado a la educación de una aureola de *mesianismo*. Nuestro legislador, en Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, lo ha expresado así:

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 otros se asientan en la educación que aquellos proporcionan [...]. Por todo ello, a lo largo de la historia, las distintas sociedades se han preocupado por su actividad educativa, sabedoras de que en ella estaban prefigurando su futuro” (Preámbulo).

Esto resulta una ingenuidad. Derrick (2011) explica por qué:

“Seguimos pretendiendo, esperando que el puro proceso educativo en sí —cualquiera que sea su contenido, o su carencia última de contenido— compensará de algún modo nuestra deficiencia y pobreza. No es así. Nadie puede dar lo que no tiene y, en general, la vieja generación actual no puede dar aquello que la nueva está buscando. Y tampoco el gran dios Educación tiene un poder mágico que remedie la situación” (p. 224; además, cf. p. 34).

Una educación eficaz tiene que transmitir vida (cultura y virtudes): “la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores” (sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, FJ 1º.7). Por eso volvemos la mirada hacia la familia. Nadie tan comprometido como ella, en el crecimiento de sus hijos, y, al tiempo, capaz de modularlo, según un criterio personalizado. Los expertos reconocen que, si la familia funciona, es quien mejor puede inculcar virtudes a los niños¹.

¹ “Los valores los inculcan los padres, no la escuela”, en ABC.es, 14 diciembre 2012.

Aquí enlazamos con la segunda cuestión, la libertad consustancial al proceso formativo. Coincidimos con González Vila (30 junio 2011) cuando destaca que, en la educación en familia, está en juego la libertad de enseñanza:

“para determinar si alguien de verdad conoce, reconoce y defiende, en todo su alcance, o no, ese derecho preferente de los padres ningún procedimiento más seguro que el de comprobar si defienden o no el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la educación básica sistemática íntegramente “en familia” o “en casa”, sin escolarizarlos (*homeschooling*)” (p. 1).

La sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre, fue la primera en estudiar la reclamación de unos padres a los que se impuso la escolarización obligatoria de sus hijos. Reflexionar sobre ella se justifica cuando se busca una educación consistente y en libertad. Esto es, por el bien del niño. En segundo plano queda la trascendencia social de la educación en el hogar, que, en España, se imparte por cerca de 2.000 familias². Hay que advertir que estas son frecuentemente numerosas, pero que no siguen el mismo método educativo para todos sus hijos. Para nuestro propósito, repasaremos las fuentes internacionales manejadas en aquel pronunciamiento. El análisis del corpus documental que subyace a un discurso es un método fecundo, como han demostrado la doctrina (cf. Ibán, 2004b, *passim*), para conocer mejor su exacto significado o, en nuestro caso, enjuiciar las conclusiones alcanzadas por el órgano jurisdiccional.

2. EL PESO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO Y LOS TEXTOS INTERNACIONALES, SOBRE DERECHOS HUMANOS, EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010

2.1 EL VALOR INTERPRETATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SU JURISPRUDENCIA, SEGÚN EL ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 10.2 de la Constitución dispone:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Hay que recordar que el artículo se introdujo en el Senado, en la Comisión Constitucional, a instancias de los grupos parlamentarios de Unión de Centro Democrático y de Socialistas y Progresistas Independientes. Con ello trataron de perfilar los derechos reconocidos en el artículo 27 (cf.

² Dato facilitado por el ex Defensor del Menor, Arturo Canalda, durante el tercer Congreso Nacional sobre Educación en Familia (Madrid, 29-30 noviembre 2012). Cf. El Mundo.es, 29 noviembre 2012.

Fernández-Miranda y Campoamor, 1988, pp. 24-25, y Satorras Fioretti, 1998, pp. 115 y 154), concretamente el de creación de centros docentes, por los particulares. Se buscó esta vía indirecta, ante la oposición del Grupo Socialista de incluir, en la redacción del artículo, una referencia explícita a la dirección y al derecho de los padres a elegir tipo de educación y centro docente (cf. Díaz Revorio, 1998, p. 271).

Hoy, el valor interpretativo se le reconoce no sólo a los textos de Derecho internacional, sino también a la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Con independencia de su propia eficacia vinculante³, en el Derecho español, la Ley Orgánica 1/2008⁴, de 30 de julio, dispone que:

“A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales...” (art. 2).

La sentencia 141/2012, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional, subraya, con una larga cita, la virtualidad, en el Ordenamiento español, de la remisión que hace la Constitución a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales sobre la materia:

«Las disposiciones tanto de los tratados y acuerdos internacionales ... en la medida que pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos fundamentales (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), puedan constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; y 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6; y en sentido similar, STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6), convirtiéndose así en una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional» [SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5], quien

³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. En virtud del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, del Tratado de la Unión Europea, la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Sobre su aplicación hay que tener en cuenta el artículo 52 de la Carta. Concretamente, el párr. 4º dispone: “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. También hay que considerar la I Declaración, aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el tratado de Lisboa (13 diciembre 2007), relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴ Por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

precisará su concreto contenido, entonces, “a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 6) (STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; también, STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)» (FJ 3º)”.

El artículo 10 exige interpretar, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, “de conformidad” con el conjunto de las declaraciones y tratados mencionados. La cláusula va asociada a “una regla de interpretación evolutiva” (STC 198/2012, FJ 9º) y convergente. Ello no implica la identidad plena entre el ámbito de protección del instrumento internacional o la jurisprudencia del Tribunal Europeo, y el de la Constitución. Esta puede rebasar el nivel de protección de los textos multilaterales (cf. Martín Sánchez, 2002, pp. 85-86). Además, no se permite incorporar al Ordenamiento, a través de los instrumentos internacionales o la Carta de Derechos Fundamentales, límites no contemplados en el texto constitucional (cf. *ibidem*, p. 87).

En cuanto a la eficacia de la remisión a textos y sistemas de supervisión externa, Ibán (2004^a) constata que:

“en el campo de protección internacional de los derechos humanos, los países más dispuestos a someterse a eventuales órganos supranacionales de control son precisamente aquellos en los que las garantías previstas por sus ordenamientos internos son más eficaces. De otro modo dicho: esas declaraciones pueden ser aplicadas a aquellos países en los que no es necesario que se apliquen” (pp. 108-109).

Sin embargo, hay que matizar el escepticismo, sobre el precepto citado y el artículo 96 de la Constitución (vigor de los tratados internacionales). El recurso a instrumentos supranacionales, con mecanismos de control, sí aporta una garantía procesal reforzada. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en virtud del amplio espectro de las demandas que se le someten, condiciona, con sus fallos, el posicionamiento de la jurisprudencia nacional, frente a problemas nuevos. Ello sin descartar una eficacia retroactiva, de depuración legislativa o de las prácticas del poder público.

“Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son obligatorias [aun no teniendo carácter ejecutivo en nuestro Derecho] y por ello pueden comportar, *a posteriori* de las mismas, reformas en la legislación y cambios en la jurisprudencia de los tribunales o en la actuación administrativa de los Estados partes” (Martín Sánchez, 2008, p. 13).

Tenemos un ejemplo reciente, con la denominada doctrina Parot —que diferencia entre la pena y la ejecución de las condenas—. Su exclusión del régimen del Convenio europeo, pendiente del juicio de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), arrastraría un cambio en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, del Tribunal Supremo y del Constitucional. Pues el artículo 32 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos⁵, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución, otorga al Tribunal de Estrasburgo “un valor interpretativo directo de la Constitución en materia de derechos fundamentales” (Martín Sánchez, 2002, p. 90).

Tanto en el terreno de la enseñanza, como, en general, en el de la libertad religiosa la jurisprudencia del Tribunal o de la Comisión —operativa hasta noviembre de 1998— ha ido en aumento. Martín-Retortillo Baquer ha seleccionado 7 y 35 resoluciones, respectivamente, conectadas con ambas cuestiones, en sendos trabajos de 2007 y 2010. En este rico caudal está el origen de buena parte de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010.

2.2 REFERENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010 A DOCUMENTOS INTERNACIONALES Y A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La jurisprudencia del TEDH ha influido fuertemente en la sentencia del alto Tribunal. No sólo ha sido un refuerzo a su doctrina, sino que la *ha fundamentado*. También los instrumentos internacionales, sobre derechos humanos, han sido tenidos en cuenta.

La sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010 menciona al TEDH por tres veces. Existen dos referencias a la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca de 7 de diciembre de 1976 (sobre educación sexual) y al caso Konrad c. Alemania, decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, n° 35504-2003 (sobre educación en familia), y una a la sentencia Efstratiou c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996 (sobre exención escolar de conmemoraciones de la fiesta nacional y de desfiles públicos) (cf. FJ 5° c, y 8° b y c). El alto Tribunal español toma de ahí gran parte de su argumentación limitativa del derecho educativo de los padres. Aplicación que, antes lo adelantábamos, no se desprende del valor interpretativo de la Convención, en el Derecho español.

Asimismo, en la sentencia 133/2010 (FJ 5°), existen referencias a:

--Artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que reconoce el “derecho preferente” de los padres a “escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, pero lo considera independiente de lo prescrito en el artículo 27.3 de la Constitución. Este detalle ha sorprendido a la doctrina:

“la realidad es que precisamente el derecho de los padres a elegir la instrucción religiosa y moral que han de recibir sus hijos es una concreción del

⁵ “1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47”.

más genérico derecho paterno a escoger el tipo de educación de los hijos, derecho que si bien no es expresamente mencionado en nuestro texto constitucional, no fue ignorado por el constituyente español” (Valero Estarellas, enero 2012, p. 26).

--Artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, y artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de los padres o tutores a “escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas... y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. A ambos les aplica lo decidido en el FJ 4º, según el cual, el artículo 27.3 de la Constitución,

“no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al “fracaso escolar de la ‘enseñanza oficial’» e imputadas a la “asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados»”.

--Artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se cita, reproduciendo un pasaje de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, a los efectos de justificar la proporcionalidad de la medida adoptada por el legislador ordinario, con la imposición de la escolaridad obligatoria de 6 a 16 años. Dice la LO 2/2006: “La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad” (art. 4.2). El alto Tribunal explica que:

“debemos excluir que la restricción de este último derecho [el de los padres a orientar la educación de sus hijos] resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE)”.

Los cuales deberían garantizar en todo caso los requisitos fijados en la Constitución,

“y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ8)” (FJ 8º).

Sobre la última pretensión, hay que recordar que, a través de una interpretación expansiva de las “normas mínimas que el Estado prescriba”, se restringe

o suprime, en alto grado, el citado derecho de creación y dirección de colegios de iniciativa social. Así lo ha declarado, en términos generales, Glenn:

“The words left out of the quotation above, “which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State», leave the door open for governments to impose requirements upon non-government schools which would make it impossible for them to maintain the distinctive character sought by parents”.

Pero la principal matización que ha de hacerse, versa sobre la idea inicial de reconducir el derecho de los padres a fijar los criterios de la formación moral y religiosa de sus hijos, hacia la creación de centros docentes. No existe, entre ambas facultades, una relación instrumental, sino más bien un nexo que no compromete su autonomía. En esto fue concluyente la citada sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, FJ 1^o.8⁶.

--Artículo 2 del Protocolo Adicional I al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. La sentencia reduce su alcance al que le otorga la citada sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, esto es, a la proscripción del adoctrinamiento. Pero la doctrina del tribunal de Estrasburgo es más matizada. De entrada, es exigente con la postura de los padres, en cuanto a su importancia (subjetiva y objetiva), de cara a reservarle una trascendencia jurídica:

“cuando el Tribunal de Estrasburgo afirma que las convicciones filosóficas o religiosas de los padres no pueden amparar cualquier consideración, no lo hace en el sentido de excluir de entrada motivaciones pedagógicas o de admitir cualquier alegación religiosa o moral, sino que se refiere a que únicamente son admisibles bajo el artículo 2 PA aquellas “convicciones» que alcancen un cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia, es decir, aquellas que entroncan directamente con la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 CEDH” (Valero Estarellas, enero 2012, p. 27).

La convicción, sea del tipo que sea, así depurada, debería recibir el mayor reconocimiento. Además, el empleo que el Tribunal Constitucional hace del

⁶ “El derecho a establecer un ideario propio como faceta del derecho a crear centros docentes, tiene los límites necesarios de este derecho de libertad. No son límites que deriven de su carácter instrumental respecto del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, pues no hay esta relación de instrumentalidad necesaria, aunque sí una indudable interacción. El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral”.

precepto —art. 2 del Protocolo I— desconoce su propósito. A él se refirió el Juez Terje Wold, en su voto particular a la sentencia sobre el “caso relativo al régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica”, 23 julio 1968:

“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”.

--Artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”. Sin que de aquí se extraiga, a pesar de la referencia a las “convicciones pedagógicas”, ninguna consecuencia favorable a las tesis de los padres de decidir el modelo educativo de sus hijos. Pues, a juicio del tribunal, “esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico” (FJ 5º d). Martín-Retortillo Baquer, era de otra opinión y veía una notable amplitud en el texto que no sólo garantiza la “educación religiosa y moral”, “sino que con fórmula de mayor alcance, lo que se pretende es que la educación y la enseñanza, *en general*, sean conformes a las convicciones de los padres” (2008, p. 238). A ello se añade la novedad destacable de dar también cabida a las convicciones “pedagógicas”. “Estas podrían estar implícitas en las convicciones religiosas o filosóficas, pero cabría también que operen de manera separada” (*ibidem*, p. 239). Interpretación que parece más conforme con el espíritu que refleja el mismo Derecho de la Unión Europea. Dice la Carta de Derechos Fundamentales que:

“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. (art. 52.3).

Que la previsión de la Carta sea más garantista no impone, por sí sola, su automática aplicación en el Derecho español⁷, pero sí que, como instrumento interpretativo, presiona en la dirección extensiva.

⁷ “Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos” (art. 52.5).

3. EL TEDH Y LA EDUCACIÓN EN FAMILIA

3.1 DOCTRINA GENERAL

Por la influencia observada, conviene comentar las resoluciones que, sobre la educación en familia, han dictado el TEDH o la Comisión. En cómo la abordan, vemos asomar algún prejuicio contra la autonomía de los padres y, en definitiva, la libertad de enseñanza. Trataremos de fijar la postura de la Comisión y del Tribunal Europeo, a partir de los distintos supuestos de educación en familia de que ha conocido.

La sentencia del Tribunal de 5 de junio de 2008, asunto Sampanis y otros c. Grecia, nos resume el estado de la cuestión. Los principios generales de la “*Appréciation de la Cour*” destacan el protagonismo de los poderes públicos. Se parte del artículo 2 del Protocolo I al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, 20 de marzo de 1952):

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

“implique pour l'Etat le droit d'instaurer une scolarisation obligatoire, qu'elle ait lieu dans les écoles publiques ou au travers de leçons particulières de qualité, et que la vérification et l'application des normes éducatives fait partie intégrante de ce droit” (Famille H. c. Royaume-Uni, n° 10233 y 83, décision de la Commission du 6 mars 1984, Décisions et rapports (DR) 37, p. 109).

En otro pronunciamiento, el Tribunal ha subrayado

“l'importance de la scolarisation des enfants dans des écoles primaires, non seulement pour l'acquisition des connaissances mais aussi pour l'intégration des enfants dans la société. La Cour a par ailleurs admis l'utilité du système de scolarisation obligatoire pour éviter l'émergence au sein d'une société de deux entités aux convictions philosophiques différentes” (Konrad et autres c. Allemagne (déc.), n° 35504 y 030, 11 septembre 2006).

En consecuencia, se sostiene la importancia singular, cuando existe un sistema de escolarización obligatoria, de inscribir a los niños en edad escolar en los centros, “importance encore accrue lorsque les enfants appartiennent à des minorités”.

3.2 LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LA EDUCACIÓN EN FAMILIA EN LA COMISIÓN Y EL TEDH (CF. CABO GONZÁLEZ, 2010, CAPÍTULO 11)

Vamos a detallar la doctrina del TEDH, ilustrándola con la secuencia de los pronunciamientos concretos que la han configurado.

El de más enjundia es el asunto Fritz Konrad y otros c. Alemania de 11 de septiembre de 2006 (cf. Martín-Retortillo Baquer, 2008, pp. 283-287). En la fundamentación jurídica, analiza el derecho de los padres a que, a la hora de educar a sus hijos, se respeten los criterios religiosos y filosóficos compartidos. Con ello se busca *salvaguardar el pluralismo* esencial en una sociedad democrática. Esto se debe realizar a través de la función que, en la enseñanza, compete al Estado. El derecho de los padres está supeditado al derecho del menor a la educación.

Al describir la función del poder público, se omite mencionar el requisito de que la instrucción ha de ser de calidad. En cambio, *el Comité de derechos humanos*, al interpretar el artículo 13 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (Observación General n° 13), sí establece que la tercera característica de la enseñanza ofrecida será la *aceptabilidad*.

“La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13)” (n° 6, sobre el párrafo 2 del artículo 13. El derecho a recibir educación, Observaciones generales). Además, cf. n° 8, 11, 17 y 21.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas hace una tímida referencia a la calidad, en la Observación General n° 1 (2001) al párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación, cuyo párr. 9 afirma:

“sí en el artículo 28 se destacan las obligaciones de los Estados Partes en relación con el establecimiento de sistemas educativos y con las garantías de acceso a ellos, en el párrafo 1 del artículo 29 se subraya el derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación... Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño”⁸.

⁸ En el párr. 22 añade: “Todo niño tiene derecho a una educación de buena calidad, lo que a su vez exige concentrar la atención en la calidad del entorno docente, de los materiales y procesos pedagógicos, y de los resultados de la enseñanza”. En la Observación General n° 4 (2003), La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el párr. 17 dice: “Habida cuenta de la importancia de una educación adecuada en la salud y el desarrollo actual y futuro de los adolescentes, así como en la de sus hijos, el Comité insta a los Estados Partes de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención a: a) garantizar una enseñanza primaria de calidad que sea obligatoria y gratuita para todos”. En los párrs. 19 y el 43 de la Observación General n° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su fami-

Volviendo a la sentencia Fritz Konrad y otros c. Alemania, los padres han actuado en atención al interés de su hijo, sin una pretensión de instrumentalizarlo, y el niño está de acuerdo con el homeschooling. Sin embargo, el tribunal afirma que los padres no pueden comprender las consecuencias de la educación en familia. Su postura es la de reconocer un amplio margen al Estado en la regulación de la enseñanza, según se desprende del artículo 2 del Protocolo I, lo que comprende la escolaridad obligatoria. Esta puede cumplirse en escuelas estatales o a través de tutorización privada (con un nivel adecuado). En este punto, el Tribunal constata que no existe todavía consenso entre los Estados Partes.

La autoridad alemana, tras un serio razonamiento, niega la posibilidad del homeschooling. Discute su idoneidad no sólo en relación al nivel de conocimientos adquiridos, sino también porque entiende importante la experiencia escolar en Primaria, en orden a la integración social. No puede descuidarse la preocupación del Tribunal Constitucional Federal de evitar que surjan ghettos (grupos marginales), dentro de Alemania. Según la sentencia, la escolarización no interfiere de modo injustificado, para una sociedad democrática, en la intimidad o libertad religiosa o de conciencia. Además, el Estado alemán reconoce a los padres el ejercicio del derecho natural a la educación de sus hijos, fuera del horario escolar.

La Comisión decidió sobre el asunto Renata Leuffen c. Alemania (9 junio 1992). Sus fundamentos jurídicos justifican la imposición escolar (en centros públicos o privados, con suficiente nivel).

“In the Commission's view it follows that Article 2 of Protocol I (P1-2) does not prevent the State from establishing compulsory schooling, be it in State or private schools of satisfactory standard, and that verification and enforcement of educational standards are an integral part of that right” (see N° 10233 y 83, dec. 6.3.84, D.R. 37 p. 105).

Pone como límite, a la potestad pública, que no se busque el adoctrinamiento.

“The State, in fulfilling the functions assumed by it in regard to education and teaching, must take care that information or knowledge is conveyed

lia fuera de su país de origen, se insiste que ello es predicable también a la enseñanza que reciben los niños y adolescentes impedidos. En la Observación General n° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, el párr. 12 se preocupa de que no haya discriminación en el acceso a servicios de calidad de estos menores. Existen otras referencias. Destaca el epígrafe “Educación de calidad” (pp. 62 y ss.) de la Observación General n° 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad. Algo parecido dice la Observación General n° 11, sobre los niños indígenas.

Otras agencias de Naciones Unidas (UNESCO y UNICEF) vienen ocupándose de la educación de calidad, cf. *Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos*, 2008.

in an objective, critical and pluralistic manner. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that must not be exceeded (see above mentioned Eur. Court H.R., Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen judgment, Series A n° 23, p. 26, § 53)".

Se deja un amplio margen de apreciación al Estado. La demandante considera que la escolarización obligatoria de su hijo violaría su derecho a asegurar una educación conforme con sus convicciones religiosas o filosóficas (art. 2 del Protocolo I). Sin embargo, el TEDH ha afirmado que las convicciones paternas no pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental a la educación del menor. Y ello porque, "the whole of Article 2 being dominated by its first sentence": "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción" (sentencia Campbell and Cosans de 25 de febrero de 1982, § 36). En consecuencia, los padres no podrían rechazar la escolarización del niño si esta viene impuesta por el Estado.

La conclusión no responde a la lógica. Aquella debería haber sido la de que los padres no pueden comprometer la instrucción del menor. Situación que sólo se produciría si concurre una doble circunstancia. La de padres que no forman directamente a los hijos, y sin embargo, impiden que lo hagan otros, legitimados para ello.

Una segunda decisión de la Comisión, asunto Familia H. c. Reino Unido (6 marzo 1984), comienza por fijar cuál es la tarea de la Comisión. Esta no reemplaza a las autoridades competentes, en sus medidas de política educativa, su cometido es supervisar el cumplimiento de la Convención. Tampoco puede determinar cuál es mejor método educativo para el niño disléxico, si el de los padres o el propuesto por la autoridad educativa. Pero sí ve claro que, el art. 2 del Protocolo I, "implies a right for the State to establish compulsory schooling, be it in State schools or private tuition of a satisfactory standard, and that verification and enforcement of educational standards is an integral part of that right". En vista de ello, la Comisión estima que:

"to require the applicant parents to cooperate in the assessment of their children's educational standards by an education authority in order to ensure a certain level of literacy and numeracy, whilst, nevertheless, allowing them to educate their children at home, cannot be said to constitute a lack of respect for the applicants' rights under Art. 2 of Protocol I".

Por tanto, no se deduce de las circunstancias ninguna apariencia de violación del precepto y la demanda, en este sentido, no está fundamentada. No deja de sorprender que, se considere cumplida la segunda frase del artículo dos, con tal de que los padres puedan educar a sus hijos fuera de la escuela, cuando esta les ocupa una porción importante de su tiempo de vigilia y propor-

ciona no sólo conocimiento, sino también directrices para el comportamiento (en cualquier ámbito). En razón de ello, la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa dispone en su artículo 2.1 que:

“La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, **dentro y fuera del ámbito escolar**, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Además, en la decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, asunto Konrad y otros c. Alemania, los padres dan como razón para preferir la educación en familia la creciente violencia física y psicológica imperante entre los escolares. Según los estudios ya realizados, entre las motivaciones que llevan a las familias a optar por la educación en familia, tienen especial relieve el deseo de garantizar una determinada formación religiosa, mejorar el rendimiento personal y, por otro lado, el de mantener a los hijos lejos de la violencia, o ambiente destructivo, que se ha instalado en un porcentaje muy alto de centros escolares (Briones Martínez, 2012, pp. 33-36 y Losada Pescador, 2001, p. 521).

El índice de violencia en las aulas españolas se agrava paulatinamente. El 28 de noviembre de 2012, se presentó por el Defensor del Profesor, creado por el sindicato ANPE en 2005, el Informe sobre el curso 2011/2012. En él se refleja un aumento de los insultos y las faltas de respeto de alumnos a profesores. A ello hay que sumar la muerte (el 13 de noviembre de 2012), tras un conato de suicidio por acoso, de una adolescente de 16 años, de nacionalidad ecuatoriana, que estudiaba segundo de ESO en el IES Juan de Ávila de Ciudad Real.

3.3 ANÁLISIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La legislación no es suficientemente garantista del derecho de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos. La redacción del artículo 2 del Protocolo I al Convenio europeo tiende a equiparar el papel de los padres con el de los poderes públicos. La función del Estado se enfatiza a cuenta del derecho a la educación para todos. Así se refleja en la decisión Leuffen c. Alemania de 9 de junio de 1992. Pero se descuida la calidad de la educación. Este aspecto es esencial, pues permite contestar a preguntas como qué es lo que el Estado ofrece o impone a los niños y a sus padres, y su hipotético potencial conflictivo (con independencia de la intención, adoctrinadora o no). Para el Tribunal Europeo basta que el Estado, cuando actúa en el campo educativo, vele por

una transmisión del conocimiento objetiva, crítica y pluralista. Algo que se consigue habilitando diversas vías (centros privados e incluso, como dice la Decisión Familia H. c. Reino Unido, 6 marzo 1984, por tutorización). “Escolarización” se interpreta en un *sentido amplio* y equivaldría a atención educativa. Tal interpretación la haría obligatoria. González Vila (22 marzo 2001) dice que la obligatoriedad sólo se justifica en una situación extrema:

“En la medida en que para una persona el único modo de ejercer su derecho y cumplir su deber de alcanzar la educación básica fuera acudir a la escuela, la escolarización sería para ella también, circunstancial, contingentemente, objeto tanto de una obligación como de un derecho”.

Por ello el autor insiste en que “educación y escolarización son no sólo dos conceptos y dos realidades distintas, sino, además, dos realidades fáctica y legítimamente separables”. La una, la educación, de carácter obligatorio, y la otra, la escolarización, de índole instrumental y por tanto un medio que los padres tienen que sopesar en cada caso.

Ante la falta de criterio de los hijos, sobre las consecuencias de la educación en casa, el Tribunal Europeo, asunto Fritz Konrad y otros c. Alemania de 11 de septiembre de 2006, da por buena la propuesta de los poderes públicos, también en lo que se refiere a la socialización, que se reduce con simplismo a la escolarización. Decimos con simplismo porque valora sin más, como provechosa, la convivencia en la escuela. Sin embargo, sabemos que puede estar lastrada por un clima de anarquía y violencia, o por un estilo rutinario y burocratizado. La doctrina no ha dejado de señalar estas carencias. Son significativas las aportaciones de Herrero (s.d.) y de Santos Guerra (31 January 2007).

Desde el otro extremo, tampoco es satisfactoria la descalificación, sin un análisis previo, de la socialización que pueda realizar por sí una familia abierta a apoyos externos. “El riesgo de *enguetamiento* es obvio y por eso sus padres tratan de involucrarles en actividades fuera de casa como deportes, montañismo, iglesia, servicios a la comunidad o trabajo a tiempo parcial” (Losada Pescador, 2001, pp. 528-529). Por otro lado, las autoridades se fijan, a la hora de acotar el término “socialización”, exclusivamente en la relación entre “iguales”, mientras que, para los padres “homeschoolers”, la auténtica socialización es fruto de un contexto más amplio, en el que conviven personas de distintas generaciones y culturas. Los “homeschoolers” y las autoridades locales suelen atribuir más peso a los factores sociales que la normativa educativa (Briones Martínez, 2003, p. 5).

Larry Shyers de la Universidad de Florida, en una tesis doctoral, en que estudió el comportamiento de niños de 8 a 10 años que seguían la educación en familia, no apreció en ellos diferencias respecto a la autoafirmación. Sin embargo, si observó que estos tenían menos problemas de comportamiento

que los demás. Con González Vila (22 marzo 2001) opinamos que: “Otras formas de educación distintas de la escolar pueden incluir una atención eficaz a la necesidad de la socialización”. Es una hipótesis que cuenta con muchos ejemplos tangibles que confirman que la educación en familia es una respuesta válida y responsable al reto de educar al niño, en su singularidad y posibilidades.

El Tribunal Europeo ha hecho poco uso del Protocolo I en defensa de los padres, excepto para frenar la enseñanza religiosa (si faltan exenciones o alternativas). Aspecto analizado por la doctrina: Rodrigo Lara, M^aB. (2008, pp. 82-85), Martínez-Torrón (2008, pp. 113-134), y Jusdado y Cañamares (2008, pp. 135-148). La última sentencia de que tenemos noticia es de 15 de junio de 2010, asunto *Grzelak c. Polonia*. El Tribunal condena a Polonia por no ofrecer la alternativa de Ética a quien no escoge religión católica.

4. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010

La sentencia 133/2010 refleja el panorama jurisprudencial descrito y una interpretación reduccionista de los instrumentos internacionales que cita (cf. Martí Sánchez, enero 2011). Concretamente, los artículos 26.3 de la Declaración Universal, el 2º del Protocolo Adicional I de 1952 (aplicando la sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca) y muy especialmente el 14º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En consecuencia, la libertad de enseñanza de los padres tiene “su cauce específico de ejercicio” en “la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE)” (FJ 5º a).

En cuanto al artículo 27.1 (derecho de todos a la educación), en su dimensión de derecho de libertad, “se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4º) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE)” (FJ 5º b). Justifica este enfoque Valero Heredia (enero-abril 2012, pp. 423 y ss.).

La sentencia comparte el prejuicio, antes comentado, de suponer que cuando los poderes públicos: “han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales”, desempeñarán su misión “más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional

y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización” (FJ 8º b).

Es, por tanto, la apuesta por el “modelo pedagógico” del pluralismo en el interior de la escuela, contrapuesto a un proyecto educativo coherente que inspire el quehacer de la comunidad educativa.

Por último, la meritada sentencia también justifica la restricción que supone, para el derecho de los padres a orientar la educación de sus hijos, la escolarización obligatoria. Para ello relativiza su alcance:

“en la medida en que, según se ha advertido ya, no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana” (FJ 8º c).

Pero la tesis no se compadece con el carácter incisivo y, por momentos, ideologizado del sistema educativo español. ¿No ha establecido la “inclusividad” o el “pluralismo”, con la fuerza de un dogma? Por lo demás, el sistema produce malos resultados. ¿Acaso no se deberán estos, en gran parte, a restringir la libertad —de elección— y participación de los padres? El FJ 9º reconoce que la opción del legislador ordinario no ha sido, en este sentido, la más flexible o generosa con la autonomía familiar.

5. UNA NUEVA PERSPECTIVA DEL CONSEJO DE EUROPA: RESOLUCIÓN 1904 (2012) “EL DERECHO A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN EDUCATIVA EN EUROPA” (THE RIGHT TO FREEDOM OF CHOICE IN EDUCATION IN EUROPE)

Este importante documento fue aprobado por la Asamblea Parlamentaria el 4 de octubre de 2012⁹, tras su elaboración por el Committee on Culture, Science, Education and Media (Doc. 13010). Puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha orientado la postura del alto Tribunal español, es de esperar que, sentadas unas nuevas bases, ambos revisen su postura ante el homeschooling. Veamos de qué manera.

La resolución destaca el papel de los poderes públicos, en garantizar que el sistema educativo ofrezca un trato igualitario y atienda todos los planos de la persona (social, económico-laboral, político). Insiste en el vínculo estrecho entre las libertades de elección educativa, de educación y de conciencia (párrafo 2º). Tal es la premisa para exigir que el poder público realice su tarea, en el espíritu del artículo 2º del Protocolo Adicional I. Su núcleo es el respeto al

⁹ <<http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=19162&Language=EN>>

“derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

Hace unas recomendaciones a los Estados que parten de los principios del sistema educativo nacional de neutralidad y pluralismo. Ello les compromete a la calidad, en la red pública, y al reconocimiento de la iniciativa social (según criterios objetivos, leales y no discriminatorios). Antes había afirmado que: “las escuelas que no son administradas por el Estado pueden promover el desarrollo de una educación de calidad y la adecuación de la oferta educativa a la demanda de las familias” (párrafo 3^o). Las escuelas privadas deben cumplir con el nivel de enseñanza de los centros públicos (oficiales), preservar los derechos y dignidad de los niños, y cultivar una visión amplia de la vida.

Como novedad se habla de financiación¹⁰. De modo que los Estados “se aseguren de que hay fondos suficientes disponibles para permitir que todos los niños reciban la educación obligatoria en las instituciones privadas” (parr. 5^o), siempre que no existan plazas suficientes en la red pública. El último párrafo (6^o) insta a los Estados a “identificar las reformas necesarias para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de elección educativa, y para garantizar la aplicación progresiva de estas reformas en todos los niveles de gobierno (Estado, regiones y corporaciones locales)”.

Es de notar que la propuesta inicial también se pronunciaba a favor de la educación en familia. Lo hacía en estos términos:

“This report is mainly focused on this aspect of “freedom of choice in education». This freedom of choice can also be expressed through the choice of home schooling; however, this other aspect (which raises issues distinct from those related to the right to choose between public and private educational establishments) is not dealt with in this report” (Doc. 13010, Committee on Culture, Science, Education and Media, The right to freedom of choice in education in Europe, Report 1, 4 September 2012, párr. 5^o)¹¹.

¹⁰ El Parlamento Europeo, en la Resolución Luster (14 marzo 1984), sobre libertad de educación y enseñanza en la Comunidad Europea, junto a afirmaciones capitales —“No puede ser incumbencia del Estado recomendar o privilegiar escuelas confesionales en general, o bien escuelas inspiradas en una determinada confesión, ni puede el Estado hacer reconocimiento o dar preferencias del género a favor de la instrucción no confesional”—, ratifica que la elección de escuela “corresponde a los padres”, hasta tanto los hijos no puedan hacerla de modo autónomo. En consecuencia: “Tarea del Estado es consentir la presencia de los institutos de enseñanza pública o privada necesarios a tal efecto”. E incluso, para una selección entre diversas opciones, la resolución va más allá: “El derecho a la libertad de enseñanza implica, por su naturaleza, la obligación, por los Estados miembros, de hacer posible el ejercicio de tal derecho también en el aspecto financiero y de proporcionar a las escuelas las subvenciones públicas necesarias para el desarrollo de sus cometidos y para el cumplimiento de sus obligaciones en condiciones iguales a las que benefician las correspondientes instituciones públicas, sin discriminación en relación con los organizadores, los padres, los alumnos y el personal”.

¹¹ <<http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=18983&Language=EN>>

El propósito de la resolución es ampliar el campo de elección de centro. Reconoce la autonomía de estos, al vincularla con la libertad de conciencia, e impone su respeto a los poderes públicos. Incluso exige cierta ayuda económica. Con ello mejora la comprensión de la libertad de enseñanza. El derecho que se garantiza a los padres va más allá de la mera formación de sus hijos de acuerdo a las propias convicciones. La neutralidad y el pluralismo deben presidir la acción del Estado. Tampoco se puede limitar el derecho paterno a la creación de centros privados o de iniciativa social (esto suele exceder a sus posibilidades). La libertad y la calidad son los principios rectores que también deberían abrir el sistema a una educación en familia, rigurosa y completa.

6. RECAPITULACIÓN

En este escrito partíamos de una afirmación: para medir la libertad de enseñanza, operativa en un país, es muy relevante el trato dado, por su Administración y legislación, a la educación en familia. De acuerdo a tal test, ¿qué cabe pensar de la sentencia del tribunal Constitucional 133/2010? A lo largo de nuestro comentario hemos observado la propensión a utilizar las fuentes, concretamente las supranacionales, de gran repercusión en la materia, en clave estatalista. De este modo, se diluye la vocación garantista, a favor de los derechos fundamentales de personas naturales y jurídicas, del alto Tribunal (art. 53.2 de la Constitución).

Es cierto que no es una lectura forzada de los instrumentos internacionales. El estatismo educativo se deduce de los pronunciamientos de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca de 7 de diciembre de 1976 marcó la pauta. Formula el derecho de los padres a la formación de sus hijos en términos minimalistas. A pesar de afirmar que: “al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente “asegurar la educación y la enseñanza», los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas” (§ 52), invierte la titularidad del derecho a educar. De facto, constituye al Estado no en una ayuda, sino en el máximo responsable del derecho a la instrucción. Esto implica también otorgarle la competencia en la modulación del derecho. A los padres sólo les queda una función residual de límite al afán adoctrinador del Estado. Es claro que esto no equivale a lo que el art. 2 del Protocolo I les reconoce: “A nadie puede negarse el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asumirá en el ámbito 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”.

Al hilo de la corriente jurisprudencial alentada por el TEDH, Benedicto XVI constató, ante el Cuerpo Diplomático (10 enero 2011), la merma de la libertad religiosa de las familias, en ciertos países europeos: “donde se ha impuesto la participación a cursos de educación sexual o cívica que transmiten una concepción de la persona y de la vida pretendidamente neutra, pero que en realidad reflejan una antropología contraria a la fe y a la justa razón”.

Por tanto, no se puede estar satisfecho con la ponderación de los derechos en juego, reflejada en la jurisprudencia —constitucional o europea— analizada. Tampoco de su repercusión en la decisión de admisibilidad del asunto Konrad c. Alemania de 11 de septiembre de 2006, sobre la educación en familia.

Afortunadamente soplan vientos de cambios y mayor sensibilidad hacía el papel de la sociedad y la familia, en su doble faceta de impulsores y demandantes de propuestas de formación. Nos referimos tanto a la Resolución del Consejo de Europa 1904 (2012) “El derecho a la libertad de elección educativa en Europa”, como, a nivel nacional, al Anteproyecto de Ley orgánica para la mejora de la calidad educativa (3 diciembre 2012). Éste consagra, en el preámbulo, el principio fundamental: “Los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. El sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones”. Aunque aún no es tarde, hubiera sido deseable una mayor determinación en extraer todas sus consecuencias, verbigracia, el reconocimiento de una “educación en familia” responsable. Sea como fuere es de alabar este nuevo espíritu de libertad que redundará en la mejora de la enseñanza y sus resultados.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABO GONZÁLEZ, C. (2011). Tesis doctoral: *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Universidad de Oviedo. <<http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/indice.htm>> (consulta: 12 octubre 2012).

BRIONES MARTÍNEZ, I.M^a. (2012). *La libertad religiosa en los EE.UU. de América. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Barcelona: Atelier. (2003, octubre). ¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa? *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 3.

DERRICK, C. (2011). *Huid del excepticismo. Una educación liberal como si la verdad contara para algo*, tr. M. González, 3^a ed., Madrid: Encuentro.

DÍAZ REVORIO, F.J. (1998). El derecho a la educación. *Anuario Parlamento y Constitución*, nº 2.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A. (1988). *De la libertad*

de enseñanza al derecho a la educación. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

GLENN, Ch. (2012) "A history lesson on educational freedom". <<http://www.redefinedonline.org/2012/09/a-history-lesson-on-educational-freedom/>> (consulta: 10 octubre 2012).

GONZÁLEZ VILA, T. (2011, junio, 30). Educación obligatoria y escolarización voluntaria (1 de 3). *Libertad Digital*.

- (2001, marzo, 22). Educación obligatoria y escolarización voluntaria, *Escuela Española*. Periódico profesional de Educación. nº 3487, pp. 17-19.

HERRERO, J. (s.d.). *Educación lineal en contextos complejos*, Alicante. Edita Ojo de agua. Ambiente educativo.

<<http://www.ojodeagua.es/ficheros/odea/Educaci%C3%B3n%20lineal%20en%20contextos%20complejos%202%C2%BA%20edici%C3%B3n.pdf>> (consulta: 17 mayo 2011).

IBÁN, I.C. (2004). *En los orígenes del Derecho Eclesiástico. La prolucción panormitana de Francesco Scaduto*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

JUSDADO, M.A./CAÑAMARES, S. (2008). La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgero v. Noruega. En: M^a Domingo, ed., *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*. Granada. Editorial Comares, pp. 135-148.

LOSADA PESCADOR, L. (2001). La escuela doméstica: ¿Un retroceso? En: II Congreso Católicos y Vida Pública. "Educar para una nueva sociedad". Volumen I. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

MARTÍ SÁNCHEZ, J.M^a (2011, enero). El "homeschooling" en el Derecho español. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 25.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2002). *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*. Granada. Comares.

- (2008). Prólogo. En: M. González Sánchez, *La incidencia de los Acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales en la jurisprudencia de Derecho eclesiástico del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Cívitas.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2010) La libertad religiosa en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXVI, pp. 287-332.

- (2008). "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). *Ibidem*, XXIV, 2008, pp. 223-290.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2008). La objeción de conciencia en la enseñanza religiosa y moral, en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo. En: M^a Domingo, ed., *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*. Granada: Editorial Comares, pp. 113-134.

RODRIGO LARA, M^a.B. (2008). El papel del menor de edad en la enseñanza religiosa. En: *ibidem*. pp. 82-85.

SANTOS GUERRA, M.Á. (2007, January, 31). *Escuelas fuera de la escuela*. En: La escuela fuera de la escuela. MobilizaT. Asamblea de Mestres de la Plana. <www.mobilizat.com>. <<http://es.scribd.com/doc/2922338/laescuelafueradelaescuela>> (consulta: 17 mayo 2011).

SATORRAS FIORETTI, R.M^a. (1998). *La libertad de enseñanza en la Constitución española*. Madrid: Marcial Pons.

VALERO ESTARELLAS, M^a.J. (2012, enero). *Homeschooling en España*. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del Derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 28.

--(2011) *Derechos educativos y homeschooling en España: situación actual y perspectivas de futuro*. Trabajo fin de Master. Master universitario en derecho público. Universidad Complutense.

http://eprints.ucm.es/15784/1/TFM_M_Jose_Valero.pdf (consulta: 12 octubre 2012).

VALERO HEREDIA, A. (2012, enero-abril). Ideario educativo constitucional y “homeschooling»: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 94, pp. 411-442.