

IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL Y «HOMESCHOOLING»: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 133/2010, DE 2 DE DICIEMBRE

ANA VALERO HEREDIA

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA DETERMINACIÓN DE LA EDUCACIÓN QUE HABRÁN DE RECIBIR SUS HIJOS: DERECHO INSTRUMENTAL AL SERVICIO DE LA EDUCACIÓN INTEGRAL DEL MENOR.—III. EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO MARCO AXIOLÓGICO IMPRESCINDIBLE PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INTEGRAL.—IV. LOS DERECHOS EDUCATIVOS DE LOS PADRES COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL PLURALISMO INHERENTE A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y NO COMO UN DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ESCOLAR.—V. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MODELOS PEDAGÓGICO-EDUCATIVOS CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES.—VI. LA FORMACIÓN DE «CIUDADANOS» EN EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO LÍMITE PROPORCIONADO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.

I. INTRODUCCIÓN

En su reciente Sentencia de 2 de diciembre de 2010, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado por primera vez sobre el fondo de un asunto de enorme calado constitucional que había sido eludido en un supuesto de hecho parecido planteado en el año 1994, en el conocido caso de los «Niños de Dios» (1). En aquella como en su reciente Sentencia, el intérprete supremo de la Constitución tenía que dilucidar si la educación de unos niños desarrollada al margen del sistema educativo homologado de enseñanza, mediante la puesta en marcha por parte de sus progenitores de una educación alternativa, garantiza el derecho a la educación integral del menor.

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de octubre.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre, deniega el amparo a unos padres que otorgaban a sus hijos menores de edad enseñanza en su propio domicilio, confirmando con ello la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que, a su vez, había confirmado en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Coín, mediante la que se ordenaba la escolarización en el ciclo escolar básico de los menores.

Sin perjuicio de desgranar con más detalle en los próximos epígrafes los argumentos aducidos por los progenitores a favor del llamado *homeschooling* o educación en casa, cabe anticipar que los mismos se basaban sucintamente en el alto nivel formativo de dicha educación frente a la recibida en los centros oficiales —los menores hablaban cinco idiomas, recibían clases de música, matemáticas, ciencias...—; la inexistencia de perjuicios sociofamiliares para los niños y en la afirmación de que la Constitución no exige la obligatoriedad de la escolarización.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Coín como la Audiencia Provincial de Málaga denegaron sus pretensiones argumentando que «ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que derivan del mandato constitucional de enseñanza obligatoria —art. 27.4 de la Constitución— y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación —art. 27.1—».

A la vista de los hechos puede afirmarse, en definitiva, que la cuestión central que resuelve la Sentencia constitucional objeto de estudio atiende a los límites que son constitucionalmente aplicables a los derechos educativos paternos cuando el derecho de los menores a recibir una educación que coadyuve al libre desarrollo de su personalidad está en juego.

Por ello, los siguientes epígrafes tratarán de ofrecer un estudio interpretativo de los derechos fundamentales implicados que sea congruente con la dogmática adecuada al texto constitucional. Esto es, se procederá al análisis del régimen jurídico del derecho de los padres a orientar la educación de sus hijos y los criterios que deben guiar su correcta conciliación con el derecho del menor a recibir una educación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad —art. 27.2 CE—. Bajo dicho marco tratará de responderse, acto seguido, si el derecho educativo paterno puede amparar conductas contrarias a la escolarización de los hijos en centros de enseñanza homologados por el Estado.

II. EL DERECHO DE LOS PADRES A LA DETERMINACIÓN DE LA EDUCACIÓN QUE HABRÁN DE RECIBIR SUS HIJOS: DERECHO INSTRUMENTAL AL SERVICIO DE LA EDUCACIÓN INTEGRAL DEL MENOR

Como señala el Fundamento Jurídico 4 de la Sentencia 133/2010, los demandantes de amparo defienden que su libertad para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, sin acudir a la escuela por ellos denominada como «oficial», se encuentra protegida por el artículo 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y el 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), sin que, por otra parte, resulte incompatible con los mandatos en virtud de los cuales, de un lado, 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 (art. 27.2 CE), y de otro, la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE).

Se hace necesario, a la vista de las alegaciones de los recurrentes y de la fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional para rechazarlas dilucidar, en primer lugar, cuál es el contenido y alcance de los que con carácter general pueden denominarse «derechos educativos paternos» (2) para determinar, después, qué límites les son aplicables.

Como el resto de los derechos que componen la libertad de enseñanza, el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones y el derecho a elegir para ellos una concreta formación religiosa y moral, se configura como una proyección de los derechos de libertad ideológica y religiosa reconocidos en el artículo 16.1 CE. Así, el Tribunal Constitucional ha atribuido al derecho de los padres tal carácter enmarcándolo en el principio de *libertad de enseñanza* (3), entendida como libertad para proceder a la transmisión de conocimientos y valores de acuerdo con la propia conciencia —art. 27.1

(2) El término «derechos educativos paternos» va a ser empleado para aludir al genérico derecho de los progenitores de elegir el modelo educativo que deseen para sus hijos, en cuyo marco se inserta el más específico derecho de aquéllos a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones —art. 27.3 CE—.

(3) Sentencia 5/1981, de 13 de febrero —FJ 7—. Por su parte, también el Tribunal Supremo español ha reiterado en su jurisprudencia que el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones forma parte del contenido del derecho reconocido en el artículo 16.1 CE y no del derecho a la educación. Véanse al respecto las SSTs de 31 de enero de 1997, FJ 2; de 26 de enero de 1998, FJ 2, y de 1 de abril de 1998, FJ 2.

CE—. De este modo, el derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, junto con el derecho de creación de centros docentes privados —art. 27.6 CE— y el de dotación a los mismos de un ideario propio (4), confiere a los padres la libertad de elegir el modelo educativo que desean para sus hijos. Otros derechos, como el de participación en la programación general de la enseñanza —art. 27.5 CE— y el de control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos —art. 27.7 CE—, reafirman la preeminencia del rol llamado a desempeñar por los progenitores en la formación y educación del menor.

Sin embargo, la sola interacción de los derechos educativos paternos con los derechos fundamentales del menor y, concretamente, con su derecho a la educación, que tiene como fin último el libre desarrollo de su personalidad, exige establecer ciertos límites al primero. En este sentido, el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, viene a dar una primera pista acerca de los límites que son aplicables a la *vis expansiva* de aquéllos: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirles, *en consonancia con la evolución de sus facultades*, la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención». Y el artículo 14.2 de la Convención señala en la misma línea que: «los Estados respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de *guiar* al niño en el ejercicio de su derecho de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», siempre «de modo conforme a la evolución de sus facultades». Asimismo, en clara consonancia con la normativa internacional, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, asigna a los padres «el derecho y el deber de *cooperar* para que el menor ejerza su libertad de conciencia de modo que mejor contribuya a su desarrollo integral» —art. 6.3—.

Se observa cómo la elección de los términos *guía* y *cooperación* por parte de los legisladores internacional y nacional impone un carácter muy concreto a las facultades paternas en esta materia: las mismas se desprenden de todo poder de constricción y adquieren un carácter eminentemente orientador y de acompañamiento, nunca de sustitución (5). En dicho marco normativo no es osado

(4) La ya citada STC 5/1981, de 13 de febrero, pone de manifiesto la incuestionable interacción existente entre el derecho del artículo 27.3 y el derecho a establecer un ideario propio, señalando que aunque ambos derechos son distintos «[...] también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral» —FJ 8—.

(5) En esta línea LÓPEZ ALARCÓN, M. sostiene, que: «la función de los padres o tutores es la de guiar o cooperar con el menor con respeto a su plena libertad, limitándose a orientarle y a informarle neutralmente, sin sustituir, coaccionar o manipular su libertad. Ahora, el sujeto protagonista de las opciones religiosas, ideológicas y de conciencia que le afectan es el menor en

afirmar que el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de los hijos y a optar en suma por un modelo educativo concreto acorde a sus convicciones, no puede ser desligado de su deber de procurarles una *educación integral* que contribuya al libre desarrollo de su personalidad y de su autonomía. Se trata, en definitiva, de un derecho atribuido a los progenitores para el cumplimiento de un deber educacional lo que justifica que se halle, en todo caso, subordinado a la efectiva satisfacción del derecho a la educación integral del menor en los términos previstos por el artículo 27.2 CE (6). Derecho paterno que, en lógica concordancia con dicho carácter funcional, se extinguirá en el momento en que el menor adquiera la capacidad natural suficiente como para ejercer con autonomía su libertad ideológica y religiosa (7).

A este respecto, la Corte de Estrasburgo ha sostenido que en el artículo 2 del Protocolo Adicional Primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos, cabe distinguir dos derechos integrados en una relación de subordinación jerárquica: el reconocido por el primer inciso del precepto —*derecho a la instrucción*— del que es titular el niño, y el reconocido en el segundo inciso —*derecho a que los hijos reciban una educación adecuada a las propias convicciones*— del que son titulares los padres pero siempre al servicio y garantía del primero. Asimismo, ha afirmado que las convicciones auspiciadas por el inciso segundo del artículo 2 del Protocolo Primero no deben, en ningún caso, «*entrar en contradicción con el derecho del niño a la educación*». Añadiendo que dicho artículo «*está dominado por su primer párrafo, que consagra el derecho de todos a la instrucción*» (8).

cuanto tenga suficiente uso de razón para el ejercicio de tales opciones». Véanse tales afirmaciones en «Nuevo Derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas», *Anales de Derecho*, núm. 15, 1997, pág. 330.

(6) La jurisprudencia de Estrasburgo parece adoptar esta tesis cuando sostiene que la titularidad del derecho va inderogablemente unida al derecho-deber de cuidado de los menores. Así, la Comisión, en su Decisión 2648/65, dispuso que «el derecho a determinar el modo de educación de los hijos es una parte integrante del derecho de custodia».

(7) En términos similares se pronuncia ALÁEZ CORRAL, B., en sus artículos: «El derecho a la educación del menor como marco delimitado de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con centros públicos», en ESTEBAN VILLAR, M.; SANCHO GALLARDO, M. A.; CABALLERO SÁNCHEZ, R.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Valladolid, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 89-106; «Límites constitucionales a la educación diferenciada por razón de sexo en los centros escolares sostenidos con fondos públicos», en AAVV, *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 2, Madrid, Congreso de los Diputados, 2008, págs. 995-1014, y «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo por la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto, 2009, págs. 31-64.

(8) STEDH de 25 de febrero de 1982, en el caso *Campbell y Cosans c. Gran Bretaña*.

Tal primacía del derecho a la educación integral del menor sobre el derecho educativo paterno ya fue puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 260/1994, de 3 de octubre, y parece reiterarse en la Sentencia objeto de estudio en el presente artículo. Así, en la primera sostuvo que «el derecho a la libertad religiosa de los padres —y, por tanto, cualquiera de sus manifestaciones entre las que se incluye la libertad de enseñanza— (9) tiene como límite el derecho de los menores a recibir una *educación integral*» —FJ 1—. Y, en la misma línea, el Fundamento Jurídico 7 de la Sentencia 133/2010, hace referencia a su doctrina anterior al señalar que, «incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo».

III. EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO MARCO AXIOLÓGICO IMPRESCINDIBLE PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN INTEGRAL

Como acaba de verse, la Sentencia 133/2010 apela al mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 27.2 CE para justificar la restricción del derecho reconocido en el artículo 27.3 de la Norma Suprema. El artículo 27.2 CE es inequívoco cuando alude al objeto primordial del derecho a la educación: «*el pleno desarrollo de la personalidad humana*» (10). Pero no satisfecho con la individualización del objeto educativo, el mismo artículo especifica además,

(9) La afirmación entre corchetes es mía.

(10) La legislación educativa alude constantemente al «pleno desarrollo de la personalidad» como finalidad de la educación:

— Artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, LODE (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1985): «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 a los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos.»

— Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, LOGSE (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1990): «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 a los

de manera expresa y taxativa, cuáles son los instrumentos imprescindibles para su satisfacción: solo a través de un sistema educativo basado en los principios democráticos de convivencia y el respeto a los derechos fundamentales que «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» —art. 10.2 CE—, quedará satisfecho el derecho del individuo a recibir una formación integral que garantice el libre desarrollo de su personalidad.

En efecto, la doctrina es casi unánime en afirmar que el constituyente quiso ser preciso al especificar en su artículo 27.2 el principio rector e informador de todo el sistema educativo y «una directriz configuradora de un verdadero principio de constitucionalidad» (11). Comoquiera que la Norma Constitucional consagra en sus artículos 1.1, 10.1 y en la sección correspondiente a los derechos

derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos.»

— Artículo 1 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, LOCE (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2002): «Son principios de calidad del sistema educativo: a) la equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales.»

— Artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, LOE (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006): 1. «El sistema educativo español se orientará a la consecución de los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos.»

(11) CÁMARA VILLAR, G., «Un problema constitucional no resuelto: el derecho garantizado en el artículo 27.3 de la Constitución española y la enseñanza de la religión y su alternativa en los centros educativos», en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *Derecho Constitucional y Cultura, Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pág. 458. Múltiples son las referencias doctrinales relativas a la existencia de un auténtico ideario educativo constitucional o «Constitución educativa» en el artículo 27.2 CE. Entre ellas cabe citar: RODRÍGUEZ COARASA, C., *La libertad de enseñanza en España*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 247 y sigs.; CÁMARA VILLAR, G., «Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales», en APARICIO PÉREZ, M. A. (coord.), *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2001, pág. 128; DÍAZ REVORIO, F. J., *Los Derechos Fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002, pág. 63; CUBILLAS RECIO, L. M., «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 2, diciembre, 2002, págs. 176 y 177; SALGUERO SALGUERO, M., «El derecho a la educación», en AAVV, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 799; ROBLES MORCHÓN, G., «El libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 de la CE), en AAVV, *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, op. cit., pág. 53; ALÁEZ CORRAL, B., «Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas», *I Encuentro sobre Estudios Jurídico-Políticos en Educación*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, pág. 99.

fundamentales su *acervo axiológico objetivo*, los valores contenidos en dichos preceptos se convierten en el pilar de vertebración del sistema educativo (12).

A tenor de las palabras del intérprete supremo de la Constitución, «la enseñanza ha de servir a determinados valores —principios democráticos de convivencia— que no cumplen una función meramente limitativa, sino de *inspiración positiva*» (13). Ello significa que la protección jurídica del derecho fundamental a la educación del menor exige una actuación promocional de los valores que integran el llamado «ideario educativo de la Constitución», por parte tanto de actores públicos como privados (14).

La vertiente positiva del artículo 27.2 CE se manifiesta en lo que la doctrina define como *educación democrática* que engloba «la convivencia participada en libertad, la educación humanizadora y respetuosa con las corrientes ideológicas y políticas, nunca adoctrinadora y la educación que propicia ciudadanos activos, participativos y críticos» (15). Por lo que, siguiendo a la doctrina en este punto, cabe afirmar que «una educación reductora o sesgada, falseada en sus referentes científicos, adoctrinadora o contraria a los principios constitucionales o a los derechos fundamentales, ya se produzca ésta dentro de la red escolar convencional o fuera de ella, entraría en contradicción abierta con la Constitución y su proyección pública habría de ser evitada a partir de los procedimientos ordinarios previstos en el ordenamiento jurídico» (16).

El contenido sustantivo de la cláusula contenida en el artículo 27.2 CE es vinculante, por tanto, incluso para los centros privados con ideario. Éstos, hallándose facultados para transmitir el carácter propio a sus discentes, no deben incurrir en lo que en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado en

(12) Desde sus primeras Sentencias el Tribunal Constitucional habló de un «sistema de valores» establecido o incorporado por la Constitución: SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 3; 53/1985, de 11 de abril, FJ 4, y 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.

Sobre los valores superiores del ordenamiento, véanse, por todos: PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1990, y ORZA LINARES, R. M., *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 2003.

(13) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.

(14) A este respecto son harto elocuentes las palabras de TOMÁS Y VALIENTE, F., en su Voto Particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero: «El artículo 27.2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente.»

(15) Véase en CÁMARA VILLAR, G., «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en MINISTERIO DE JUSTICIA (ed.), *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, vol. III, Madrid, Secretaría General Técnica de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1988, pág. 2181.

(16) SALGUERO SALGUERO, M., «El derecho a la educación», *Constitución y derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 800 y 801.

llamar «proselitismo abusivo o de mala calidad» (17), esto es, en un adoctrinamiento u orientación ideológica «excluyente, dogmática, coactiva, intimidatoria o manipuladora» que contradiga las máximas del artículo 27.2 de la Norma Suprema (18), cuyo carácter normativo exige el compromiso de sujetos públicos y privados con la promoción del *pluralismo* y con el rechazo de toda visión unidimensional del mundo (19).

De este modo, el hecho de que la Constitución esquive el establecimiento de un sistema educativo concreto y rígido, y permita la implantación de varios modelos de enseñanza —dualidad entre centros públicos y privados homologados por el Estado— sin vulnerar por ello sus directrices, no es obstáculo para afirmar que el contenido de las libertades de las que son titulares la totalidad de los actores jurídicos del proceso educativo —titulares de centros privados de enseñanza, educadores y progenitores—, queda subordinado a la plena satisfacción del derecho del menor a recibir una enseñanza basada en el «ideario educativo constitucional» (20). Y ello porque el derecho a la educación del menor solo se ve plenamente satisfecho cuando la instrucción del niño encuentra en los valores y principios constitucionales que integran dicho ideario el marco axiológico en el que apoyarse (21).

(17) Sentencia de 25 de mayo de 1993, pronunciada en el caso *Kokkinakis c. Grecia*.

(18) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9, párrafo 6.

Siguiendo a SALGUERO SALGUERO, M., en este punto, cabe señalar que «no tomamos aquí el “adoctrinamiento” en sentido lato, como la transmisión de valores, doctrinas o sistemas ideológicos. Apreciamos solo su aspecto peyorativo o aquellos factores que lo hacen rechazable en la medida en que el actor pretende que el destinatario asuma la verdad de cuanto se le enseña de modo incuestionable. Mientras que la “educación” apela a la racionalidad y abre al alumno posibilidades de libre elección, en el “adoctrinamiento” se apela a la autoridad y se busca la persuasión y la coacción». Véase en «Formas de pluralismo y signos de identidad de los centros docentes de la enseñanza no universitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61, septiembre-diciembre, 2001, pág. 163.

(19) El Tribunal Supremo español ha hecho referencia en su jurisprudencia al carácter vinculante del ideario educativo constitucional para los centros docentes privados. Así, en su sentencia de 24 de enero de 1985, afirmó expresamente que «el derecho que tienen los centros privados a establecer un ideario educativo ha de ser siempre compatible con el ideario educativo de la Constitución que, según el artículo 27.2, es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales».

(20) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7. En esta tantas veces citada sentencia el Tribunal se refiere únicamente a la libertad de creación de centros docentes, sin embargo, dicha afirmación se hace extensible a los demás derechos fundamentales que integran la libertad de enseñanza.

Por su parte, el TEDH ha hecho referencia en sus pronunciamientos al «respeto a los principios constitucionales» como límite expreso al derecho de las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes: STEDH de 25 de mayo de 2000, en el caso *Jiménez Alonso c. España*.

(21) Sobre los fines de la educación véase CÁMARA VILLAR, G., «Constitución y educación (Los derechos y libertades en el ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución española de 1978)», en TRUJILLO, G.; LÓPEZ-GUERRA, L.; GONZÁLEZ TREVIJANO, P. (dirs.), *La*

Es bajo los citados cánones bajo los que debe examinarse la reclamación de los demandantes de amparo que apelan a su libertad para que sus hijos reciban la enseñanza básica en el propio hogar, pues la vertiente positiva del llamado «ideario educativo constitucional» vincula cualquier proceso educativo con independencia de que se desarrolle dentro o fuera del sistema de enseñanzas oficiales. A este respecto conviene anticipar, sin perjuicio de que se profundice sobre ello en próximos epígrafes, que una enseñanza que se desarrolle manteniendo a los menores apartados de la interrelación social y aislados en el contexto del propio hogar difícilmente puede satisfacer las exigencias del derecho a la educación en los términos exigidos por el artículo 27.2 CE en la medida en que, como señala la Sentencia 133/2010:

«la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia *no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos* [cfr. art. 2.1.h) LOE], *sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos* [cfr. art. 2.1.a) LOE] *y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural* [cfr. art. 2.1.d) y k) LOE] *en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros* [cfr. art. 2.1.b), c) LOE]» (22).

Pero es más, no cabe perder de vista que la Norma Fundamental española dota de una dimensión objetiva o institucional al derecho a la educación al convertirlo en instrumento sustantivo para la protección y el mantenimiento de los valores y principios por ella consagrados y en herramienta imprescindible para la convivencia democrática. La Constitución española del 78 no diseña una enseñanza axiológicamente neutral sino que hace pivotar el sistema educativo sobre el deber de inculcar el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales como el modo más adecuado para consolidar y perpetuar el propio modelo o paradigma constitucional (23). En palabras de la doctrina, «la transmisión del *telos* de la Constitución, de los

experiencia constitucional (1978-2000), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 265-305, y «La educación en el Estado laico: el marco constitucional español en perspectiva histórica y comparada», en DE BLAS ZABALETA, P. (coord.), *Laicidad, educación y democracia*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, págs. 17-142.

(22) FJ 7. La cursiva es mía.

(23) DE OTTO, I. ve en este precepto la única manifestación de la Constitución a favor de una democracia beligerante. Véase en *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 20.

principios ideológicos que la informan, posee como finalidad la identificación de la sociedad con dicho *telos*, requisito imprescindible para el mantenimiento y buen funcionamiento del régimen constitucional» (24). Por todo ello puede afirmarse, sin género de dudas, que «no estamos solo en presencia de un derecho fundamental sino, además, ante un elemento definidor y consustancial del sistema democrático libremente asumido por los ciudadanos» (25), lo que justifica, su reconocimiento como un deber constitucional que encuentra plasmación en la obligación de cursar la enseñanza básica obligatoria —art. 27.4 CE—.

IV. LOS DERECHOS EDUCATIVOS DE LOS PADRES COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL PLURALISMO INHERENTE A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA Y NO COMO UN DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA ESCOLAR

Como acaba de verse, la llamada «Constitución educativa» o «ideario educativo constitucional» (26), contenido en el artículo 27.2 de la Norma Suprema,

(24) En tales términos se pronuncia TAJADURA TEJADA, J., «La enseñanza de la Constitución», *Temas para el Debate*, núm. 49, diciembre de 1998, pág. 51.

En la misma línea SALGUERO SALGUERO, M., sostiene que «la educación en valores constitucionales se percibe, como necesaria propedéutica y como *paideia* para la formación del *ethos democrático*». Véase en «La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, núm. 7, enero, 1999, pág. 446.

LÓPEZ GUERRA, L., sostiene, en el mismo sentido, que «la educación aparece como un mecanismo de preparación de los ciudadanos para la convivencia dentro del orden político, además de cómo un medio para la extensión y transmisión de los valores democráticos». Véase en DE ESTEBAN, J., y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcelona, Labor, 1980, pág. 332.

(25) A ello se refiere REDONDO, A. M., la autora llega a afirmar que «estamos en presencia de una Constitución militante que exige del ciudadano, desde la libertad y el disfrute de los derechos en ella garantizados, una actitud positiva de aprendizaje, un compromiso social y el respeto a los valores superiores del ordenamiento. De este modo, la Constitución aspira a perpetuar el modelo en ella diseñado, no únicamente a través de los instrumentos formales que la califican de Constitución rígida sino además, utilizando el derecho a la educación como garantía material que asegura la continuidad de los valores que presiden el paradigma constitucional». Véanse tales afirmaciones en *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 75 y 76.

En la literatura española sobre el *homeschooling* cabe incluir asimismo: MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., «*Homeschooling*, ¿un derecho de los padres?», y BRIONES, I., «Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la educación en casa. Análisis comparativo entre Estados Unidos y España», en I Congreso Nacional de Educación en Familia, Valencia, 22-23 de octubre, 2010.

(26) La expresión «ideario educativo de la Constitución» aparece por primera vez en el Voto Particular emitido por TOMÁS Y VALIENTE, F., a la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 10.

entraña que los valores superiores del Estado social y democrático de Derecho —libertad, justicia, igualdad y pluralismo— y el respeto a los derechos y libertades fundamentales, por ser instrumentos esenciales para el pleno y libre desarrollo de la personalidad y por constituir, en expresión del Tribunal Constitucional, el *mínimo común ético de la sociedad consagrado por el Derecho en un momento histórico determinado* (27), actúan, en el ámbito educativo, como límite de los derechos que conforman la libertad de enseñanza.

Como es sabido, la libertad de enseñanza —27.1 CE—, que engloba la libertad de creación de centros docentes con facultad para establecer un ideario o carácter propio por parte de sus titulares —art. 27.6 CE— y el correlativo derecho de elección de centro distinto a los creados por los poderes públicos, la libertad de cátedra y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones —art. 27.3 CE—, viene a dar traslado al ámbito educativo del *principio pluralista*.

En clara consonancia con lo sostenido por Tomás y Valiente en su valioso Voto Particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero:

«Al decir en el inciso segundo del artículo 27.1 que se reconoce *la libertad de enseñanza*, la Constitución está afirmando que el derecho de todos a la educación se ha de realizar dentro de un *sistema educativo plural, regido por la libertad*. Se trata, pues, de una norma organizativa que sirve de cobertura a varias libertades concretas, de un *principio que constituye la proyección en materia educativa de dos de los valores superiores de nuestro ordenamiento: la libertad y el pluralismo*» (28).

la Corte Europea de Estrasburgo ha apreciado que el *pluralismo de ideas y creencias* —concretado en la libertad de enseñanza— es consustancial, junto con los principios de tolerancia y espíritu de apertura, al modelo de sociedad democrática enunciado en el Convenio, que trata de garantizar lo que la doctrina ha denominado «el derecho a la educación en libertad» (29).

Dicha *educación en libertad* queda garantizada en el sistema educativo español a través de dos modelos o concepciones del pluralismo. Siguiendo en

(27) STC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3 y 7.

(28) La cursiva es mía.

(29) SSTEDH de 22 de octubre de 1981, en el caso *Dudgeon c. Reino Unido*; de 19 de diciembre de 1994, en el caso *Verinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi c. Austria*; de 27 de septiembre de 1999, en el caso *Lustig-Prean y Beckett c. Reino Unido*.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Madrid, CEURA, 1988, pág. 13, y EMBID IRUJO, A., *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 237.

este punto a la doctrina procede distinguir el llamado «pluralismo de centros» o «pluralismo externo» y el «pluralismo dentro del centro» o «pluralismo interno». Mientras el primero se predica respecto de los centros docentes privados dotados con «ideario» o «carácter propio», y conduce a la negación del monopolio docente por parte del Estado; el segundo viene presidido por el principio de neutralidad estatal, que requiere la renuncia a cualquier tipo de adoctrinamiento en el seno de los centros públicos de enseñanza, y por el derecho a la libertad de cátedra de sus docentes (30).

En la Sentencia 133/2010, el Tribunal Constitucional se pronuncia, para rechazarlo, sobre lo que constituiría un tercer modelo de pluralismo educativo que debiera sumarse, a juicio de los demandantes de amparo, a los dos anteriores. Y a este respecto argumenta en su Fundamento Jurídico 5 que:

«el amparo ha de ser rechazado por dos razones, siendo la primera de ellas la de que la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera *prima facie*, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce. a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que estas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de una parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden».

En el mismo Fundamento Jurídico 5 el Tribunal Constitucional continúa diciendo que:

(30) Un estudio pormenorizado de ambos modelos de pluralismo puede hallarse en SALGUERO SALGUERO, M., «Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado», *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 5, julio-diciembre, 1995, págs. 543-552.

«b) La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional 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 4) 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), un derecho este que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, 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”. Más allá de este doble contenido, *el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado*» (31).

A este respecto cabe tener en cuenta que el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluye una novedad en tanto en cuanto viene a reconocer que la libertad paterna para elegir el modelo educativo en que se desea formar a los hijos puede asentarse no solo sobre «convicciones religiosas y filosóficas» sino también sobre «*convicciones pedagógicas*». Si bien en un primer momento podría pensarse que dicha inclusión de las convicciones de índole pedagógico en el objeto material del derecho paterno podría dilatar el espectro de opciones en que el mismo puede concretizarse y abrir posibilidades nuevas y originales a añadir al modelo tradicional de escolarización, el propio Tribunal Constitucional rechaza dicha posibilidad en la Sentencia 133/2010 al señalar, en su Fundamento Jurídico 6, que:

«esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH, sin que la referencia a las convic-

(31) La cursiva es mía.

ciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos».

Es en dicho marco y una vez delimitada la relación jerárquica y funcional que preside el equilibrio entre el derecho que asiste a los padres para educar a sus hijos conforme a su libertad de conciencia frente al Estado y el derecho del menor a recibir una formación integral que contribuya a su desarrollo personal, es preciso plantearse, acto seguido, si el ordenamiento constitucional español puede dar cabida a manifestaciones del derecho paterno constitutivas de una auténtica «objeción al deber de enseñanza básica obligatoria» respecto de los menores a su cargo, acogiéndose, para ello, al derecho que les es reconocido en el artículo 27.3 CE.

V. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MODELOS PEDAGÓGICO-EDUCATIVOS CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLES

El examen de la objeción a la totalidad del sistema educativo homologado, al igual que el de la objeción al estudio de determinadas asignaturas incluidas en el currículo educativo oficial (32), debe partir de una premisa esencial: la educación, instrumento imprescindible para la libertad, aparece consagrada en el Texto constitucional no solo como un derecho fundamental de prestación sino también como un «deber constitucional». En este sentido, el derecho reconocido en el párrafo primero del artículo 27 adquiere carta de naturaleza a través del deber de seguir la enseñanza básica a la que se refiere su párrafo cuarto (33), la

(32) Con fecha 11 de febrero de 2009, el Tribunal Supremo español se pronunció en relación con los recursos de casación interpuestos por la Junta de Andalucía, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado contra la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía que reconocía a unos padres el derecho a objetar en conciencia para que sus hijos no asistiesen a clase de la asignatura «Educación para la Ciudadanía» incluida como obligatoria en el currículo educativo oficial por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. El Tribunal Supremo estimó el recurso contencioso afirmando que no es constitucionalmente admisible que el Estado no tenga nada que decir sobre la educación de los menores, ni que no quepa ninguna transmisión de valores a través del sistema educativo, por lo que el deber de cursar la citada materia es un deber jurídico válido y no cabe la objeción de conciencia al seguimiento de la misma.

(33) Como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO, L. M., «el carácter constitucionalmente obligatorio y gratuito de la enseñanza básica, establecido por el artículo 27.4 CE, es un claro ejemplo

cual, en concordancia con la normativa internacional, además de obligatoria, es gratuita (34). La conexión del derecho a la educación, cuyo sujeto paradigmático es el menor de edad, con el deber de cursar la enseñanza básica responde a una idea fundamental: el derecho a la educación, en los términos descritos por el artículo 27.2 CE, se concibe como el más apropiado instrumento para garantizar una formación integral, el pleno y libre desarrollo de la personalidad humana.

Como consecuencia de ello, el deber de seguir la enseñanza obligatoria aparece como un instrumento al servicio del pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo que recae, cuando este carece de un grado de madurez suficiente, sobre padres y tutores convertidos en responsables primigenios de su eventual incumplimiento (35). El hecho de que el legislador haya determinado que el deber de recibir la enseñanza básica obligatoria recae exclusivamente sobre el niño, hasta los dieciséis años de edad (36), pone de manifiesto que el derecho a la educación, materializado en dicho deber, es constitucionalmente trazado como un instrumento a favor del pleno desarrollo del sujeto en formación.

Los recurrentes de amparo aducen en el caso resuelto por la Sentencia 133/2010 que existe una laguna legislativa en la medida en que «no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes», de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de «haberla suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos, la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional de enseñanza».

de garantía institucional. Ello significa que el legislador goza de cierto margen de apreciación para determinar la duración y el contenido de la enseñanza básica; pero no puede suprimirla, ni regularla de forma tan restrictiva que resulte irreconocible o inútil». Véase en *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2005, pág. 475.

(34) El artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que «La educación debe ser gratuita, al menos en lo que concierne a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción fundamental será obligatoria [...]. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 dispone en su artículo 13.2.a) que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente.»

(35) RUBIO LLORENTE, F., considera que la configuración de la educación como deber encuentra su fundamento en «el derecho a la educación de los propios ciudadanos, a los que se les impone el deber de educarse porque tienen derecho a la educación». Véanse tales afirmaciones en: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo/agosto, 2001, pág. 25.

(36) Artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: 2. «La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad.»

Ante ello el Tribunal Constitucional señala en el FJ 4 de la Sentencia que:

«pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del art. 27.4 CE, «incluye diez años de escolaridad», de tal manera que se «iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis» [apartado 2; en el mismo sentido, *cfr.* el vigente art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante, LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal —integrado, además, en la patria potestad— que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase».

A lo dicho por el Tribunal Constitucional debe añadirse que la escolarización obligatoria deriva asimismo de preceptos legales como el artículo 13.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, en virtud del cual «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 la autoridad pública competente que adoptará las medidas necesarias para su escolarización». Por su parte, la vigente Ley Orgánica de Educación dispone en su Disposición Final Primera, modificadora del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, que corresponde a los padres, como primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos, «a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos *cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase*».

De todo ello se deriva que existe un deber de escolarización de los menores que recae sobre quienes ejercen la patria potestad como obligación intrínseca a la propia institución, y para cuyo incumplimiento el ordenamiento jurídico español prevé dos posibles respuestas: la penal, para el caso de que se produzca un incumplimiento negligente y continuado por parte de los progenitores de sus deberes educativos —art. 226 CP—, y la prevista por los artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que recogen la intervención urgente de los poderes públicos en «situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal y social del menor», así como en las

«situaciones de desamparo» motivadas por el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes.

A la vista de lo expuesto cabe señalar que el legislador español ha interpretado el mandato constitucional del artículo 27.4 CE en el sentido de asimilar la enseñanza básica obligatoria con la escolarización obligatoria en centros oficiales, ya sean públicos o privados, lo que exige la incorporación de los menores a un centro escolar para recibir las enseñanzas previamente programadas por el Estado en los niveles obligatorios como mejor modo de garantizar el derecho a la educación. Por ello, la escolarización libre, que consiste en educar a los hijos al margen de las enseñanzas regladas sobre la base de las convicciones ideológicas, religiosas o filosóficas de los padres, plantea, desde el punto de vista constitucional, un auténtico conflicto entre, por un lado, la norma de conciencia y, por otro, la norma jurídica que impone la escolarización obligatoria dentro del sistema de enseñanzas regladas.

Consciente de ello, la Sentencia 133/2010 señala que «el examen de la queja aducida por los recurrentes conduce, en atención a lo que se acaba de señalar, a la necesidad de comprobar si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, a cuyo cumplimiento sirven en el caso de autos las resoluciones judiciales impugnadas, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados» —el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones—.

A este respecto, parte de la doctrina considera que, efectivamente, el derecho de los padres a elegir para sus hijos una educación conforme a sus creencias ampara la elección de un sistema educativo no reglado siempre que se ofrezca al menor una educación alternativa que garantice unos contenidos análogos a los de la enseñanza reglada y una educación integral que avale el libre desarrollo de su personalidad:

a) Algunos autores estiman que, en la medida en que el Tribunal Constitucional español ha sostenido que el derecho a crear centros educativos «incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúen fuera del ámbito de las enseñanzas regladas» (37), es constitucionalmente posible la elección por los padres de un sistema educativo no reglado, que, lógicamente, y en virtud de la existencia de una reserva constitucional a favor de los poderes públicos para la homologación e inspección del sistema educativo, deberá someterse a los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico: autorización administrativa —a través de la que se garantiza el cumplimiento de las condi-

(37) STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.

ciones para que se imparta una enseñanza de calidad—; y homologación —que acredita que la educación impartida proporciona de forma semejante al sistema educativo reglado una educación integral— (38).

b) Una segunda postura dentro de esta parte de la doctrina que se muestra favorable a la llamada «educación libre» o «*home schooling*», es la de aquellos que sostienen que «padres y tutores gozan de una libertad total para elegir el centro docente, público o privado, español o extranjero, gratuito o no, en el que sus hijos o pupilos han de satisfacer el deber de seguir la enseñanza obligatoria, y en rigor incluso pueden decidir que la reciban en su propio hogar, pues «en su configuración actual este deber no tiene otra finalidad que la de satisfacer un derecho individual, no, por ejemplo, la de favorecer la integración social» (39).

c) Otra parte de esta corriente de autores, afirma que la recepción extraoficial de la enseñanza básica se halla amparada por la libertad de enseñanza constitucionalmente reconocida siempre y cuando persiga el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, mantiene algún autor que «la libertad de enseñanza [...] no se reduce a la elección por los padres de la formación religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones propias, sino que incorpora también la facultad de educar a los hijos siguiendo una metodología y pedagogía que incluso puede apartarse de la establecida por el legislador cuando fija el sistema educativo general» (40).

Sin embargo, cabe señalar que el adecuado enjuiciamiento de este tipo de objeciones no puede prescindir del principio que debe presidir todo modelo educativo: el *interés superior del menor*, identificado, en el seno de la relación jurídica educativa, con el derecho del niño a recibir una educación integral que se desarrolle conforme a las directrices del artículo 27.2 CE. Por lo que cabe cuestionarse, acto seguido, en qué medida la enseñanza en casa, o en el seno de determinados grupos o comunidades, satisface las exigencias de dicho precepto

(38) De tal manera se manifiesta CASTRO JOVER, A., «Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación», *Laicidad y Libertades, Escritos Jurídicos*, núm. 2, diciembre, 2002, págs. 113 y 114.

(39) RUBIO LLORENTE, F., «Los deberes constitucionales», *op. cit.*, pág. 29.

En una línea parecida, Díez-PICAZO, L. M., considera que «el único modo de argumentar que la Constitución prohíbe el *home schooling* sería afirmar que el deber de cursar la enseñanza básica no solo tiene por objetivo dotar al niño de conocimientos indispensables, sino también socializarlo en una escuela con otros niños; pero, por razonable que sea esta idea, no se alcanza a ver cuál sería su apoyatura constitucional», véase en *Sistema de Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, pág. 475.

(40) En tales términos se manifiesta REDONDO, A. M., *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, *op. cit.*, pág. 161.

normativo, el cual, como es sabido, rechaza cualquier tipo de adoctrinamiento y reclama la formación del menor en los valores constitucionales.

Bajo dicha óptica se procederá, antes de abordar la respuesta ofrecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 133/2010, al examen de dos supuestos de hecho similares resueltos, uno, por la Corte Suprema norteamericana y, otro, por el propio Tribunal Constitucional español en el año 1994.

Debe partirse del dato que este tipo de objeciones son habitualmente planteadas por padres pertenecientes a determinados grupos o comunidades que reclaman la educación de sus hijos en familia con el ánimo de preservar su propia identidad sustentada, en la mayoría de los casos, sobre fuertes convicciones de índole religiosa o ideológica. Tal es el supuesto de hecho planteado en el paradigmático caso *Wisconsin v. Yoder* (1972), donde se halla uno de los ejemplos más claros de la protección dispensada por el ordenamiento jurídico estadounidense a las prácticas de autonomía educativa de los padres (41). En el supuesto concreto *Yoder*, un miembro de la comunidad religiosa Amish, se negaba a enviar a su hija de quince años a la escuela superior tras haber aprobado el octavo grado, contraviniendo con ello la ley del Estado de Wisconsin que establecía la escolarización obligatoria hasta los dieciséis años. Tal y como se desprende de la exposición de la Corte, las razones alegadas por el demandante derivaban de sus más íntimas convicciones religiosas:

«el principio fundamental de su religión radica en que para salvarse hay que vivir en el seno de una Iglesia común separados del mundo y de sus malas influencias. La educación hasta el octavo grado enseñaba a los niños a leer la Biblia y a ser buenos ciudadanos y granjeros, pero la escuela superior ya no aportaba nada más necesario para ellos».

En clara consonancia con la doctrina mantenida en los casos *United States v. Seeger* (1965) (42) y *Welsh II v. United States* (1970) (43), hacía residir en la *sinceridad* y *profundidad* de las convicciones profesadas lo verdaderamente relevante para determinar cuándo una conducta queda subsumida en el ámbito

(41) 406 U.S. 205 (1972). En relación con este caso puede consultarse ARNESON, R., y SHAPIRO, I., «Democratic Autonomy and Religious Freedom: A Critique of *Wisconsin v. Yoder*», en *NOMOS XXXVIII: Political Order*, I. SHAPIRO y R. HARDIN (eds.), Nueva York, New York University Press; GALSTON, W., «Two Concepts of Liberalism», *Ethics*, núm. 105, 1995, págs. 516-34; MACEDO, S., *Diversity and Distrust: Civic Education in a Multicultural Democracy*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2000, y GORDON, J. D., «*Wisconsin v. Yoder* and Religious Liberty», *Texas Law Review*, vol. 74, núm. 6, 1996, págs. 1237-1240.

(42) 380 U.S. 163 (1965).

(43) 398 U.S. 333 (1970).

de protección de la *Free Exercise Clause*, en *Yoder* la Corte parte de la premisa de que «el estilo de vida de los Amish no era una simple cuestión de preferencia personal sino una *profunda convicción religiosa* compartida por un grupo organizado e inmediatamente relacionada con su modo de afrontar la existencia durante siglos» para eximir a sus miembros del deber jurídico de observar una norma que establecía la escolarización obligatoria de los menores en el seno del sistema homologado de enseñanza hasta los dieciséis años de edad y cuya neutralidad no se discutía.

Aplicando los principios que rigen el *high level scrutiny* instaurado en *Sherbert v. Verner* (1963) (44), la Alta instancia norteamericana instituye el llamado *Yoder compelling state interest test*, en virtud del cual, «solo aquellos intereses estatales dotados del más elevado rango y no susceptibles de ser satisfechos de ningún otro modo, podían ser legítimamente ponderados con las conductas subsumibles en el objeto de protección de la Cláusula de Libre Ejercicio de la religión»:

«El interés del Estado en el carácter universal de la educación, por muy elevado que lo consideremos, no está totalmente exento de ponderación cuando el mismo restringe derechos e intereses fundamentales, como aquellos específicamente protegidos por la Cláusula de Libre Ejercicio de la Primera Enmienda y por el tradicional interés de los padres respecto al desarrollo en materia de convicciones religiosas de sus hijos en la medida en que ellos, en palabras de Pierce, “los preparan para obligaciones adicionales”.»

Desde esta perspectiva, la Corte estimó que imponer a los Amish el cumplimiento de las normas estatales relativas a la escolarización obligatoria, podría conllevar el riesgo de socavar profundamente la práctica religiosa y el estilo de vida comunitario de dicho grupo», pudiéndose minar la propia identidad ético-religiosa en su vertiente colectiva (45).

De este modo, con la doctrina fijada en *Sherbert*, el Tribunal abre la posibilidad de reconocer exenciones a leyes dotadas de un carácter general y neutral cuando las mismas gravan la libertad de conciencia del individuo. Dicha posibilidad se orienta a través del conocido como *balancing test* o principio de ponderación, cuya aplicación en *Yoder* conduce a la Corte a afirmar que, exigir a los miembros de la comunidad Amish que escolaricen a sus hijos hasta los dieciséis años de edad conlleva un alto riesgo para la perdurabilidad de la práctica religiosa de la citada orden:

(44) 374 U.S. 398 (1963).

(45) 406 U.S. at 216-218.

«Actualmente, y de modo habitual, la educación secundaria obligatoria en las zonas rurales se lleva a cabo en escuelas situadas en lugares distantes de los hogares de los estudiantes y ajenos a sus actividades cotidianas. Tal como demuestran las estadísticas, los valores y programas de la escuela secundaria moderna se encuentran en grave conflicto con el modo de vida impuesto por la religión Amish [...] (y tales escuelas) traen consigo una real amenaza de socavar la integración de la comunidad Amish y sus prácticas religiosas [...]»

Pero lo que realmente determina el fallo de la Corte Suprema a favor de la autonomía educativa de los padres es la relevancia que la Alta instancia norteamericana otorga a las características y al arraigo del grupo religioso implicado en la disputa. La extensa tradición de la citada orden y su comprobado comportamiento cívico decanta de manera indudable el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Así concluye que «acomodando las creencias religiosas de los Amish no se vulneraba la Cláusula de Establecimiento de la Primera Enmienda y que la excepción creada para los Amish, comunidad con unas características de éxito, permanencia, autosuficiencia y antigüedad difíciles de hallar en otras comunidades religiosas, no suponía ningún quebranto del interés del Estado por asegurar un nivel determinado de educación a los ciudadanos».

Debe señalarse que la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano suscita reparos a quien escribe. En primer lugar, cabe ofrecer una visión crítica al llamado «*Yoder test*», el cual se sustenta sobre la siguiente premisa: en el ámbito de los llamados «*hybrid constitutional claims*», es decir, en los casos en que la norma enjuiciada —aun siendo neutral y de general aplicación— además de vulnerar la *Free Exercise Clause* infringe otra libertad constitucionalmente protegida, como es el derecho de los padres a dirigir el desarrollo educativo de sus hijos, el Estado debe demostrar que el elevado interés perseguido por aquella justifica su aplicación. De modo que, solo cuando las pretensiones de los padres posean un contenido explícitamente religioso, la constitucionalidad de la norma limitadora de derechos debe enjuiciarse sobre la base del test de estricto escrutinio, el cual hace recaer sobre el Estado el deber de demostrar la existencia de un interés apremiante en la adopción aquella, deber que no subsiste cuando las pretensiones paternales se asientan sobre convicciones de cualquier otra índole (46).

(46) En relación con el criterio jurisprudencial aplicable a los llamados *hybrid constitutional claims*, véase BOOTHBY, L., «Family Law and freedom to worship in the USA», en AAVV, *Derecho de Familia y Libertad de Conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Gipuzkoa, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001, pág. 232.

A estas objeciones que giran en torno a la deferencia con la que son tratadas las prerrogativas paternas asentadas sobre convicciones religiosas frente a las que poseen un sustrato axiológico distinto, cabe sumar ahora una nueva divergencia que concuerda con la posición mantenida por el Juez Douglas en su Voto particular. Este discute la prevalencia otorgada por la Sentencia a las prerrogativas paternas frente a la aplicación de una norma cuya generalidad y neutralidad se hace patente en el objetivo que la misma persigue: *satisfacer la escolarización obligatoria de «todos» los menores*. Teniendo en cuenta que el derecho a la educación es un elemento esencial para el libre desarrollo de la personalidad del menor, procede poner de manifiesto que, frente a la doctrina mantenida en *Prince*, en *Yoder* la Corte no otorga la suficiente entidad a una cuestión básica: que el derecho a la libre autodeterminación religiosa de los padres o de la comunidad Amish en su conjunto puede producir efectos perniciosos sobre el proceso de libre autodeterminación de la personalidad de los niños pertenecientes a la misma.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español tuvo que enfrentarse, en su Sentencia 260/1994, de 3 de octubre, a un caso parecido al planteado en *Wisconsin* en relación con la comúnmente conocida como «secta de los Niños de Dios o la Familia» (47). En ella el Tribunal Constitucional debió resolver el recurso de amparo interpuesto por la Generalitat de Cataluña, en nombre y representación de varios niños, contra la revocación por auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de su declaración administrativa de desamparo y la correlativa asunción de su tutela. Tutela que había sido asumida como consecuencia de la negativa de los progenitores, miembros de un grupo religioso frente al que se estaban siguiendo diligencias penales, a proceder a la escolarización

(47) Esta sentencia, que se dictó con el proceso penal contra la denominada secta aún pendiente, resuelve un recurso de amparo que plantea la Generalitat de Cataluña, como institución tutelante de unos menores, contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de mayo de 1992, que resolvían los recursos de apelación promovidos a su vez contra sendos Autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia número 19 de Barcelona de 6 de noviembre de 1991, seguidos a instancia del apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por la Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalitat de Cataluña.

Comentarios a la misma pueden verse, entre otros, en MIRALLES GONZÁLEZ, I., «La familia: entre autonomía y soberanía (El derecho a la educación en la STC 260/94, de 3 de octubre)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1996, págs. 71-83; MARTINELL, J. M., «Relaciones paterno-filiales y libertad de conciencia», en AAVV, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, op. cit., págs. 111 y sigs.; REDONDO ANDRÉS, M. J., «Familia y Enseñanza», en *Ibidem*, págs. 715-723.

oficial de los niños, pretendiendo, por el contrario, educarlos ellos mismos en el seno de su comunidad.

Ante el Tribunal Constitucional, la Generalitat de Cataluña arguyó la vulneración del artículo 27 CE sobre la base de que los padres de los menores impedían su *escolarización en centros homologados*, privándoles del derecho a una educación integral. Por su parte, los progenitores invocaron los derechos consagrados en los artículos 16 y 27.3 CE para reclamar la educación familiar y el rechazo de la idea de que la educación integral solo pueda alcanzarse en los centros homologados de enseñanza.

Aun cuando el Tribunal Constitucional no entró en el fondo del asunto, desestimando el amparo por considerar que no era competente para enjuiciar los hechos —esto es, si la situación escolar de los niños era base suficiente para la declaración de desamparo—, del tenor literal de su sentencia se infiere que el derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación que resulte más acorde con sus convicciones no ampara la no escolarización de los menores, al afirmar que la escolarización es un derecho de todo niño por cuya efectividad están obligados a velar los que son responsables de él:

«Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalitat 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 Generalitat 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 se deduce de los supuestos de autos» (48).

En su Voto Particular el magistrado Gimeno Sendra, a diferencia del Tribunal, entra a examinar el conflicto de derechos planteado por la objeción de conciencia al sistema escolar homologado, trazándolo del siguiente modo:

«[...] porque 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 secta*— [...]. El presente recurso de amparo plantea, ante este sistema, el novedoso 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,*

(48) FJ 2. La cursiva es mía.

religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual o somática, en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la libertad ideológica y religiosa del artículo 16, reconduciéndose al artículo contemplado en el artículo 27.3 CE, 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» (49).

Y ante ello continúa:

«[...] el artículo 27.1 contempla el segundo de los citados derechos cuyo único titular originario son los niños, aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercerlo a través de la representación».

Pero la Sentencia 133/2010 da un paso más y afirma expresamente que la escolarización obligatoria de los niños en los centros docentes homologados es el medio más adecuado para garantizar su derecho a recibir una educación integral. Así, el Fundamento Jurídico 7.º de la misma es claro cuando subraya:

«El art. 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que esta deba configurarse necesariamente como un período de escolarización obligatoria, de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados —y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción—, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político. No obstante, esta configuración legislativa se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben “garantizar el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE), responde a la previsión de que “inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes” (art. 27.8 CE), y, por lo que aquí más interesa, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que esta consiste, que “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” (art. 27.2 CE). La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1.h) LOE], sino que aspira a posibilitar

(49) La cursiva es mía.

el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1.a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1.d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1.b), c) LOE] (50).

Este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al art. 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación, y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE). Un principio, por lo demás, que no solo opera como directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador (arts. 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación (art. 27.1 CE).»

A la vista de lo expuesto cabe concluir que, aun cuando, *a priori*, un modelo de educación libre, ajustado a los contenidos homologados por el Ministerio de Educación para los distintos niveles de enseñanza obligatoria y convenientemente supervisado por las autoridades educativas, podría ser equiparable a la educación recibida en los centros privados y, por tanto, constitucionalmente admisible, no cabe olvidar que la educación es, entre otras cosas, el principal instrumento de socialización y una herramienta imprescindible para la convivencia democrática (51). En este sentido, en tanto en cuanto la instrucción en valores democráticos requiere la puesta en práctica de un contexto educativo basado en los principios de apertura e integración social, que ofrezca a los alumnos una visión del mundo lo menos sesgada posible, la enseñanza en casa o en el seno de grupos fuertemente ideologizados, no parece el medio más adecuado para dar satisfacción al ideario constitucional del artículo 27.2 CE (52). En este sentido, son claras las palabras del Tribunal Constitucional en la Sentencia objeto del presente estudio: «la finalidad que deben perseguir los poderes públicos

(50) La cursiva es mía.

(51) Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, LOE, incluye entre los fines del sistema educativo español «k) La preparación para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación activa en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable y con capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes de la sociedad del conocimiento».

(52) A este respecto resulta interesante la apreciación de RUBIO LLORENTE, F., el cual afirma que «la educación cumple una función social de integración y la necesidad, si no se pretende la disolución de la sociedad, de que se garantice la existencia de puentes entre las subculturas y, sobre todo, la posesión por todos los miembros de la sociedad de un lenguaje común». Véase en *Constitución y Economía*, Madrid, 1978, pág. 104.

a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular ha de servir 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, una finalidad esta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización» —FJ 8—.

VI. LA FORMACIÓN DE «CIUDADANOS» EN EL «IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL» COMO LÍMITE PROPORCIONADO A LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Como es sabido, el principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad es un criterio de interpretación típicamente constitucional de tradicional aplicación por la jurisprudencia del Alto intérprete español, por influencia, principalmente, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (53). Así, aun cuando su empleo estuvo impregnado durante algunos años de una general imprecisión, irregularidad y fragmentación, desde el inicio de la actividad del Tribunal han sido frecuentes las alusiones a la «proporcionalidad de los sacrificios de los derechos» (54), a la necesaria existencia de una «relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (55) o a la «injerencia o restricción proporcionada

(53) El principio de proporcionalidad no solo está siendo utilizado por prácticamente la totalidad de los Tribunales Constitucionales europeos sino que, como han puesto de manifiesto BARNES, J., y HÄBERLE, P., constituye un claro ejemplo del emergente Derecho público europeo o Derecho Constitucional común europeo. Para el primero véase «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 135, 1994, págs. 495 y sigs., y, para el segundo, «Derecho Constitucional común europeo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, págs. 7 y sigs.

Acerca de la estructura y contenido del principio de proporcionalidad puede consultarse, además de los autores ya citados: CARRASCO PERERA, A., «El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 11 (mayo-agosto), 1984, págs. 39-106. Y el núm. 5 de *Cuadernos de Derecho Público*, dedicado de manera monográfica al principio de proporcionalidad (septiembre-diciembre), 1998.

(54) Véanse entre otras las SSTC 26/1981, de 17 de julio, FJ 14; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7, y 113/1989, de 22 de junio, FJ 3.

(55) Entre otras véanse las SSTC 6/1984, de 24 de enero, FJ 2; 6/1991, de 15 de enero, FJ 3, y 142/1993, de 22 de abril, FJ 6.

de los derechos» (56). Sin embargo, desde el año 1995, el Tribunal Constitucional español ha procedido a su depuración como técnica que subdivide el control de las limitaciones en tres fases de examen o subprincipios llamados de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (57), que son los que, desde hace décadas, viene utilizando la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanes para dotar de contenido al principio de proporcionalidad (58).

De acuerdo con dichos parámetros, el Tribunal Constitucional ha tratado de comprobar en su Sentencia 133/2010 si la imposición de la escolarización obligatoria de los menores generaba una restricción desproporcionada de los derechos educativos paternos atendiendo a los tres subprincipios en que se estructura el principio de proporcionalidad en su versión alemana: el llamado «subprincipio de utilidad», en virtud del cual, la idoneidad de la medida objeto de control viene determinada por la relación de causalidad que debe existir entre la misma y la finalidad perseguida; el «subprincipio de necesidad», que hace depender la necesidad de la medida de la inexistencia de medidas menos gravosas para el derecho restringido; y el «subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto» de la ponderación entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida con la misma (59).

a) En primer lugar, el «subprincipio de utilidad», también llamado de «idoneidad» o «juicio de adecuación», exige que los medios que la restricción del derecho arbitra sean susceptibles de alcanzar la finalidad perseguida, es decir, la protección del derecho preponderante. Por lo que dichos medios deben ser objetivamente idóneos y, por tanto, útiles a dicho fin (60). En la STC 133/2010, se hace evidente que este subprincipio no es salvado ya que los recurrentes no niegan que la configuración de la enseñanza básica como un período de escolarización obligatoria en centros docentes homologados represente una medida

(56) Por todas véanse las SSTC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 141/1988, de 12 de julio, FJ 7, y 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

(57) El punto de inflexión se produce con la STC 66/1995, de 8 de mayo, FFJJ 2 y sigs., donde el Tribunal procede a la exposición y aplicación de los tres subprincipios integrantes del principio de proporcionalidad.

(58) Sobre la aplicación de los tres subprincipios que integran el principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional alemán, puede verse en la doctrina española J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 295 y sigs.

(59) La estructura tripartita del juicio de proporcionalidad es claramente compendiada por la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

(60) Sobre el citado juicio de adecuación véanse entre otras las SSTC 178/1989, de 2 de noviembre; 37/1998, de 17 de febrero, y 186/2000, de 10 de julio.

adecuada o congruente respecto de la satisfacción de la finalidad que le es propia. Como señala el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 8.º de la Sentencia: «*la garantía del derecho individual a la educación básica obligatoria y el interés colectivo de que toda persona se forme en el conocimiento y respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales, legitiman determinadas formas de restricción de la libertad de enseñanza*. Por tanto, parece que la medida es adecuada» (61).

b) El segundo requisito que integra el llamado test de proporcionalidad, es aquel que examina la necesidad de la medida objeto de control, entendida como ausencia de alternativas menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida (62). Se trata, en definitiva, de que la intervención en el derecho llamado a ceder sea «necesaria» para la consecución de dicha finalidad en atención al llamado «juicio de indispensabilidad», que permite identificar la inconstitucionalidad de la limitación del derecho en dos supuestos: cuando se constata, con carácter previo, que se podía haber adoptado un medio de igual efectividad pero de menor incidencia para el derecho fundamental sacrificado o, cuando se verificase, *a posteriori*, que la medida adoptada supuso una fuerte restricción del derecho fundamental en contraste con otras posibilidades. El subprincipio de necesidad exige, por lo tanto, una previa selección de los medios útiles y una determinación posterior de aquellos que resultan más moderados para la limitación del derecho, de modo que «[...] todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para alcanzar el fin perseguido» (63).

En relación con este subprincipio, el Tribunal Constitucional afirma expresamente en la Sentencia 133/2010 que:

«[...] a la necesidad de la medida, en la demanda de amparo se aduce que la imposición de la escolarización obligatoria como sinónimo de enseñanza obligatoria no supera el juicio de indispensabilidad, toda vez que del análisis de las legislaciones de países de nuestro entorno sociocultural se deduce claramente que existen reglas que permiten conciliar, de mejor manera, los distintos intereses en juego. Medidas que, sin descartar la opción educativa del *homeschooling*, o enseñanza en el propio hogar, establecen controles periódicos sobre la evaluación formativa del niño así como un seguimiento de los contenidos que se transmiten».

(61) La cursiva es mía.

(62) Véanse a este respecto entre otras las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero, y 186/2000, de 10 de julio.

(63) STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 8.

Sin embargo, el Tribunal continúa afirmando que:

«acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. *Sin embargo, según hemos indicado, esta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que 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, una finalidad esta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.* En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE (64).

c) Por último, y en tercer lugar, además de los criterios de utilidad y de necesidad apuntados, la medida que pretende restringir un derecho fundamental deberá ajustarse a las exigencias del llamado «subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto». Sobre la base de este requisito, el Tribunal Constitucional exige que la medida objeto de control sea «proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (65). Dicho en otros términos, debe producirse una armonización entre los perjuicios que genera la restricción del derecho llamado a ceder y las ventajas que la misma reporta sobre la protección del bien jurídico que prevalece (66).

(64) La cursiva es mía.

(65) Véanse en este sentido entre otras las SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero; 202/1999, de 8 de noviembre, y 186/2000, de 10 de julio.

(66) Una interesante exposición sobre los mecanismos de aplicación de los tres subprincipios que integran el «principio de proporcionalidad» por la jurisprudencia constitucional española

Pues bien, como señala el intérprete supremo de la Constitución, los recurrentes en amparo también cuestionan que el deber de escolarización en centros educativos oficiales satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por entender que «las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho no son superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza», teniendo en cuenta que en él «los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada».

Sin embargo, la aplicación de las máximas del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto a las circunstancias del caso ahora examinado, conducen al Tribunal a sostener, en el FJ 8 de la Sentencia, que:

«[...] este planteamiento también ha de ser rechazado por las tres razones siguientes. En primer lugar, es de observar que la demanda de amparo centra de nuevo el foco de atención exclusivamente en los efectos de la enseñanza proporcionada a sus hijos desde el punto de vista de la simple transmisión de conocimientos, obviando cualquier consideración *acerca del mejor cumplimiento que razonablemente cabe esperar por parte del sistema de escolarización obligatoria de los complejos fines que el art. 27.2 CE atribuye a la educación a la que, por otra parte, los niños tienen derecho de acuerdo con el art. 27.1 CE.*

En segundo término, el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un período de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que [...] 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, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. Según ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la “escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a ‘ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas’ [...]”.

puede consultarse en MEDINA GUERRERO, M.: *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996, págs. 117-135. Igualmente, en relación con los requisitos que deben cumplir las medidas limitadoras de los derechos fundamentales véase: MUÑOZ ARNAU, J. A.: *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

Pero, sobre todo —y esta es la tercera de las razones señaladas—, debemos excluir que la restricción de este último derecho resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE). Efectivamente, era esta, y no la que representa el incumplimiento del deber legal de escolarizar a sus hijos, la opción constitucional abierta a los recurrentes como vía de plasmación de su distinta orientación educativa, y ello por más que en su articulación debiera garantizarse en todo caso, como no podría ser de otra manera en virtud del art. 27, apartados 2, 5 y 8 CE, el respeto, “dentro del marco de los principios constitucionales, de los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de 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, FJ 8).

A la vista de todo lo expuesto cabe afirmar, a modo de conclusión, que la sentencia 133/2010 es especialmente relevante porque viene a clarificar que la educación de los ciudadanos en el Estado democrático no es patrimonio exclusivo del entorno familiar, ya que el fin último del derecho a la educación —el libre desarrollo de la personalidad— no puede garantizarse apartando al menor en su proceso formativo de la sociedad abierta y plural en la que ha de convivir. De ello se deduce que la efectiva protección del derecho a la educación conforme a valores democráticos de convivencia no es solo un asunto privado de los padres sino que los poderes públicos están llamados a garantizarlo a través de un sistema educativo «plural» y respetuoso con la libertad de enseñanza. Libertad que se concreta, sin embargo, en la posibilidad de que los padres puedan optar por la escuela pública, la privada o la concertada, pero nunca por la no escolarización de los menores en centros homologados de enseñanza, ya que la educación integral de los mismos en ningún caso puede limitarse a una mera transmisión de conocimientos, sino que requiere la promoción del ideario educativo constitucional y la puesta en práctica del mismo, algo en lo que el Estado está llamado a jugar un papel preponderante.