



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 25, julio-diciembre 2011

EDUCACIÓN ESCOLARIZADA VS. EDUCACIÓN EN CASA. REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA *HOMESCHOOLING* DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

José María SOBERANES DÍEZ*
Luis Alberto TREJO OSORNIO**

I. INTRODUCCIÓN

La educación es hoy en día una de las preocupaciones más importantes. No cabe duda de que unos padres responsables buscarán en todo momento proveer a sus hijos de una educación de calidad en un ambiente propicio para su desarrollo. Sin embargo, estas expectativas no siempre se ven colmadas por los tradicionales métodos de enseñanza. Muchas veces los padres consideran que el abanico de opciones puesto a su disposición no es el adecuado a sus exigencias religiosas o ideológicas, o bien, simplemente no se encuentra a la altura de los requerimientos académicos que desean para sus hijos.

Esta disconformidad con la enseñanza tradicional ha generado un interesante fenómeno de rechazo a los sistemas escolarizados por medio de los que comúnmente se imparte la educación. Lo anterior ha supuesto la génesis de una serie de opciones a los muchas veces fallidos sistemas tradicionales de enseñanza, entre las que se encuentra la enseñanza en el hogar, mejor conocida por su nombre en inglés *homeschooling*.

Sin lugar a dudas, este singular enfoque de la forma de impartir educación tiene grandes ventajas, como lo son una enseñanza individualiza

* Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana.

**Especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

da y especializada respecto a las características propias del pupilo; pero también se encuentra con diversos problemas que no pueden ignorarse.

Durante el pasado mes de diciembre, el Tribunal Constitucional español tuvo la oportunidad de conocer de un recurso de amparo en el que se planteó el *homeschooling* como forma de enseñanza y pudo establecer su doctrina constitucional al respecto. Esta decisión es la que se analizará en el presente trabajo. Para ello se abordarán los antecedentes del caso; se delimitará la materia de la sentencia; se presentarán las líneas argumentativas de la resolución; y, finalmente, expondremos nuestro parecer sobre la resolución estableciendo algunos antecedentes sobre esta cuestión en el marco del derecho a la educación.

II. ANTECEDENTES

El Ministerio Fiscal presentó expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, solicitando que se acordara la inmediata escolarización de los hijos menores de don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint, como lo ordena el artículo 9o. de la Ley Orgánica 10/2001.¹

Al comparecer ante el juzgado, los padres alegaron, esencialmente, que sus hijos recibían educación en su propio domicilio, donde se incluían clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa; argumentando, incluso, que hablan cinco idiomas. Por ello consideraban que esa educación era más adecuada que la que se imparte en los centros públicos o privados en un aula de 30 o 40 alumnos. Apuntaban que la Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino el derecho a la educación dentro de unos valores constitucionales y no puede confundirse la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro.

¹ Artículo 9o. Enseñanza básica.

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

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

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

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín dictó sentencia el 5 de mayo de 2003, ordenando a los demandados que escolarizaran a sus respectivos hijos menores de edad en el ciclo escolar básico correspondiente al curso 2003/2004. Fundamentó su decisión en que, sin juzgar la calidad de la enseñanza domiciliaria que estaban recibiendo, y admitiendo que son familias bien estructuradas cuyos padres se preocupan por sus hijos, el artículo 27.4 de la Constitución Española no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de participar en el sistema oficial de educación.²

Esa sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga. Se aducía incongruencia extra petita pues, a juicio de los recurrentes, frente a la denuncia del Ministerio Fiscal referida al incumplimiento de un precepto del Código Civil, el juzgador de primera instancia había desestimado la pretensión fundamentando su fallo en la obligatoriedad de la enseñanza establecida en artículo 27.4 de la Constitución Española. La Audiencia negó la incongruencia extra petita, afirmando que los preceptos del Código Civil citados por los recurrentes derivaban

² Artículo 27

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

del precepto constitucional referido y dictó sentencia desestimatoria el 6 de junio de 2005.

En contra de dicha sentencia los padres de familia interpusieron el recurso de amparo materia del presente comentario, mismo que fue admitido a trámite el 26 de febrero de 2008, y resuelto por la Sala Primera del Tribunal Constitucional español el 2 de diciembre de 2010. En ese recurso adujeron violaciones a los derechos de no discriminación, de educación y de tutela judicial efectiva.

III. MATERIA DEL CASO

La Sala Primera del Tribunal Constitucional determina, en primer término, que no estudiarán la alegación sobre la violación del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad que reclamaban unos de los recurrentes que eran extranjeros, pues no se había invocado en el proceso previo. Así pues, precisa que se analizará la violación a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la educación (FJ 2).

Por lo que hace a la tutela judicial efectiva, la sentencia rápidamente desestima el planteamiento de que la sentencia impugnada había concedido algo no pedido, al señalar que aunque no se había atendido a la literalidad de lo pedido, si se había ocupado de la esencia (FJ 3).

En cuanto al derecho a la educación, estimó que el origen de la lesión alegada en la demanda de amparo no se encontraría en las resoluciones judiciales impugnadas sino, en su caso, en la disposición legislativa que éstas aplican. Lo anterior condujo a que la materia de la sentencia se centrara en 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 las resoluciones judiciales impugnadas, es o no respetuosa del derecho fundamental antes mencionado (FJ 3, b).

IV. EL FONDO DE LA SENTENCIA DE LA SALA

En cuanto hace al fondo, es decir, a la violación al derecho a la educación, la sentencia analiza, en primer lugar, la existencia de una facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico. Sobre este

punto afirma que esa facultad no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que el artículo 27 de la Constitución Española reconoce: libertad de enseñanza y derecho a la educación (FJ 5).

Al respecto considera que no lo está en la libertad de enseñanza que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. Afirma el Tribunal que la libertad de enseñanza de los padres se circunscribe a la facultad de enseñar a los hijos, pero ello no excluye del cumplimiento de su deber de escolarización (FJ 5,a).

Por otra parte, estima que tampoco está comprendida en el derecho de todos a la educación pues afirma que su condición de derecho de libertad no alcanza la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos, puesto que únicamente abarca una libertad de los padres para elegir centro docente y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (FJ 5,b).

No obstante lo anterior, el Tribunal hace la suposición de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera motivada por razones de orden moral o religioso. En ese caso, estima la sentencia que la obligación de escolarizar impuesta por la Ley Orgánica constituiría un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable (FJ 7).

Para sustentar lo anterior, la Sala afirma que el artículo 27.4 de la Constitución Española dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatorio. De esta manera —afirma la sentencia— 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, constituye 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 (FJ 7,a).

Esta decisión del legislador, a consideración del Tribunal Constitucional, respeta el principio de proporcionalidad que debe cumplir toda regulación de los derechos fundamentales. En este punto afirma que la

medida es adecuada, puesto que los recurrentes no contravinieron lo anterior (FJ 8,a).

Precisado lo anterior, la Sala realiza el test de necesidad. Sobre este punto los recurrentes habían aducido 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.

La sentencia desestima este argumento mencionando que la adecuada transmisión de los conocimientos 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, puesto que la educación debe de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática; finalidad que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica escolarizada, en el que se propicia el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran (FJ 8,b).

Al superar el test de necesidad, se hace el análisis de proporcionalidad en estricto sentido. En este punto los padres habían señalado 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. La Sala Primera considera infundado el argumento por dos razones: primero, porque la demanda de amparo centró 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, lo que ya había quedado superado; y, segundo, porque el alcance de la restricción que efectuó la Ley Orgánica debe ser relativizado en la medida en que no impide a los padres influir en la educación de sus hijos (FJ 8,c).

Por todas las razones anteriores, concluyó el Tribunal que la decisión adoptada por el legislador, en cuya aplicación al caso concreto se adoptaron las resoluciones judiciales impugnadas en este proceso, resulta constitucionalmente inobjetable, razón por la cual desestimaron el recurso de amparo.

V. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y EL *HOMESCHOOLING*

La educación siempre ha sido un tema que ha resaltado en el discurso político como uno de los elementos básicos de la democracia. Con ella se busca influir en la cultura y las convicciones de la juventud. En esos términos, es comprensible que las Constituciones suelen ocuparse de diseñar el sistema educativo de un país. En España, ese compromiso constitucional reside en el artículo 27 de la Constitución de 1978, que consagra las bases para la consecución de dos objetivos: uno individual que se traduce en el libre desarrollo de la personalidad, y otro colectivo que consiste en la convivencia democrática.³

La Constitución Española se ha mostrado reacia a configurar derechos de índole prestacional en términos de derecho subjetivo. Sin embargo, en el caso de la educación, el Constituyente español incluyó el modelo educativo en su catálogo de derechos fundamentales. En ese sentido, la Constitución Española consagra el derecho a la educación en una doble vertiente, como derecho fundamental y como deber público.⁴

Como es bien sabido, la Constitución Española consagra una serie de derechos fundamentales que cuentan con un grado de protección superior al resto de los derechos contenidos en la norma fundamental. Esos derechos son aquellos que se encuentran en la sección primera del capítulo II, del título I (De los derechos y los deberes de los ciudadanos). De esa forma, el artículo 53.2 de la Constitución limita el ámbito de protección del recurso de amparo únicamente a los derechos y libertades que se encuentran garantizados en los artículos 14 a 30, básicamente consistentes en las libertades públicas que protegen un ámbito de libertad frente a la intervención de terceros, especialmente de los poderes públicos.⁵

³ Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 3a. ed., Navarra, Thomson Civitas, 2008, p. 495. El Tribunal Constitucional señala en su STC 86/1985, FJ 3 que: “El derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4o. de este artículo 27 de la norma fundamental”.

⁴ *Ibidem*, pp. 495 y 496.

⁵ Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de justicia constitucional*, Navarra, Thomson Civitas, 2010, p. 110.

El derecho a la educación se encuentra contenido en el artículo 27 de la Constitución. Esta ubicación le otorga la categoría de derecho fundamental y por tanto, una tutela reforzada que incluye su defensa en sede jurisdiccional por medio del recurso de amparo, situación que no acontece, en cambio, en otro tipo de derechos prestacionales como el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud, o el derecho a la prestación social por desempleo, los cuales fueron relegados al capítulo III, cuyo alcance y eficacia dependen en gran medida de la *interpositio legislatoris*.⁶

Sin embargo, la voluntad del Constituyente de dotar al derecho a la educación de este estatus reside en que se trata de un derecho históricamente reivindicado desde hace siglos, y se busca con ello satisfacer las necesidades y aspiraciones del individuo de formarse logrando un pleno desarrollo de su personalidad, especialmente respecto al menor de edad, quien es un individuo especialmente vulnerable que depende de un padre o tutor para cubrir sus necesidades y alcanzar un pleno desarrollo. Es, por tanto, un derecho fundamental que se encuentra reforzado a través de un deber de recibir la enseñanza, implementando el ordenamiento una serie de deberes para asegurar su ejercicio.⁷

La configuración constitucional de la enseñanza está compuesta en una doble vertiente: por un lado se trata de una libertad pública, y por otro es una tarea del Estado. Ambos aspectos deben coexistir, pues ni el Estado puede atribuirse el monopolio de la enseñanza, ni los particulares obstruir al Estado en su finalidad de proteger el libre desarrollo de la personalidad y la convivencia democrática por medio de la educación.⁸

Son esos mismos fines de protección al libre desarrollo de la personalidad y de convivencia democrática los que hacen que el derecho fundamental a la educación se encuentre íntimamente vinculado a la dignidad humana. Así que, dada su alta importancia, los titulares de este derecho son todos los individuos, españoles o extranjeros.⁹

Incluso el propio Tribunal Constitucional español ya tuvo oportunidad de reafirmar en su sentencia 236/2007, del 7 de noviembre, la vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana.

⁶ Redondo, Ana María, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 70.

⁷ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

⁸ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, pp. 494-497.

⁹ *Ibidem*, p. 498.

En aquella ocasión el Tribunal declaró inconstitucional la exclusión de los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia, para acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria. El Tribunal sostuvo su argumento en virtud de la:

innegable trascendencia que aquélla (garantía de la dignidad humana) adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para ‘establecer una sociedad democrática avanzada’, como reza el preámbulo de nuestra Constitución (FJ 8).

En este contexto se presenta la cuestión de la educación en el hogar. Prima facie se podría pensar que el *homeschooling* es una práctica novedosa; sin embargo, se remonta a aquellas épocas en las que la educación era un privilegio de las clases sociales y económicas más elevadas. Pero en concepto tal y como ahora lo entendemos sí es más actual. En Estados Unidos la educación ha servido como un mecanismo de adoctrinamiento y cohesión social. Durante la década de los ochenta del siglo XIX, se buscó forjar una identidad norteamericana. Para ello la educación pública fungió como una importante herramienta. Sin embargo, a mediados del siglo XX la educación dio un significativo regreso a la educación en el hogar. Así, en 1960 desapareció aquella idea de la educación pública como una misión nacional, y en los años venideros creció la desconfianza social en las instituciones gubernamentales, lo cual aumentó la búsqueda de nuevas alternativas a la educación pública, entre ellas la educación en el hogar.¹⁰

Son muchas las razones que esgrimen los padres que prefieren educar a sus hijos mediante esta modalidad. Algunos padres sostienen que educar a sus hijos en el seno familiar que provee el hogar ayuda a preservar su propia identidad, de la que se sienten orgullosos. Asimismo, consideran que el *homeschooling* ayuda a los hijos a ser más autónomos o independientes del modo general de pensar en la sociedad.¹¹

¹⁰ Olsen, Chad, “Constitutionality of Home Education: How the Supreme Court and American History Endorse Parental Choice”, *BYU Education and Law Journal*, Utah, 2009, pp. 415-418.

¹¹ Briones, Irene, “¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 3, Iustel, 2003, p. 3.

Los argumentos que comúnmente utilizan los padres que optan por la educación en el hogar consisten en dar a sus hijos una mejor educación, dar firmeza a sus creencias religiosas, evitar el “pobre ambiente de aprendizaje” de la escuela, desarrollar carácter y una moral, objetar el sistema educativo, y la creencia de que la escuela no impone retos suficientes a sus hijos.¹²

En Estados Unidos el *homeschooling* ha sido promovido por dos grupos sociales distintos. Por un lado, el movimiento escolar alternativo sostuvo en la década de los sesenta que los niños pueden aprender mejor fuera de las estructuras rígidas de la enseñanza oficial, muchas veces masificada. Por otra parte, las familias conservadoras protestantes, que manifestaron temores de que las escuelas oficiales no formarían adecuadamente a sus hijos en los valores religiosos.¹³

Es en este contexto se presenta ante la Tribunal Supremo de aquél país el caso *Wisconsin vs. Yoder*, en el que un grupo de niños amish dejó de ir a la escuela terminando el octavo grado, cuando tenían entre catorce y quince años. En Wisconsin era obligatorio asistir a la escuela hasta los dieciséis. Los padres aducían que estudiar después de esa edad era contrario al estilo de vida amish y a sus convicciones religiosas. Después de que ese caso pasara por varias instancias, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió que la aplicación de la ley sobre la obligatoriedad de asistencia escolar violaba en perjuicio de los promoventes la cláusula genérica de libertad, prevista en la primera enmienda.¹⁴

Esta determinación sirvió de base para que creciera el número de *homeschoolers*, lo que llevó a establecer un cambio legislativo que hace que hoy en día la educación en el hogar esté autorizada en todos los Estados Unidos.¹⁵

Siguiendo ese precedente, en el Reino Unido se promulgó la *Education Act* en 1996, que permite la educación en casa a cargo de los padres. No obstante, no la regula como una libertad total, sino que establece una serie de controles que permiten a las autoridades locales en materia de educación asegurarse de que los padres den cumplimiento al deber de educar a sus hijos en forma proporcionada con su edad, habilidad y apti-

¹² Olsen, Chad, *op. cit.*, p. 421.

¹³ Redondo, Ana María, *op. cit.*, p. 140.

¹⁴ 406 U. S. 205, 213-14 (1972).

¹⁵ Redondo, Ana María, *op. cit.*, p. 146.

tudes. Asimismo, dispone que las autoridades pueden exigir información sobre las medidas educativas que se han adoptado para el menor y, de concluir que la educación no es la adecuada, pueden ordenar la escolarización del niño.¹⁶

Pese a no ser una cuestión reciente en varias naciones, en España la discusión sobre el *homeschooling* que se dio a raíz de la sentencia que comentamos, sí es novedosa. Al respecto han surgido distintas posturas a las que nos referiremos a continuación.

Para Ana María Redondo, si se mantiene una interpretación del artículo 27.4 constitucional, en sentido de que la educación básica obligatoria no es sinónimo de escolarización obligatoria, y sobre la base del reconocimiento de la libertad de enseñanza, se puede defender el derecho a optar por una forma de educación extraescolar sin que se produzca por ello el incumplimiento del deber de enseñanza.¹⁷

En forma más dura, José Martí Sánchez critica la sentencia que se comenta bajo el argumento de que el Tribunal Constitucional erróneamente excluye de la libertad de enseñanza a la facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación no reglada. En ese sentido, Martí considera que los padres sí tienen derecho a elegir para sus hijos la educación en el hogar, critica la sentencia del Tribunal sosteniendo que “el pluralismo (relativista) puede ser un lastre en la conciencia del menor” y que “las lenguas son la puerta de acceso a una cultura. La familia es la clave de la formación”.¹⁸

Para Luis María Díez-Picazo no se puede prohibir el *homeschooling* en la medida en que los padres estén dispuestos a someter a sus hijos al examen público correspondiente. Así, el deber de cursar la enseñanza básica es una obligación de resultado, la cual consiste en obtener una serie de conocimientos que el Estado estima indispensables para cualquier ciudadano. En esos términos, la única forma de argumentar que la Constitución prohíbe el *homeschooling* sería afirmar que la enseñanza básica no sólo tiene por objeto dotar al educando de conocimientos, sino también de socializarlo en una escuela con otros niños.¹⁹

¹⁶ Briones, Irene, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

¹⁷ Redondo, Ana María, *op. cit.*, p. 169.

¹⁸ Martí Sánchez, José, “El «homeschooling» en el derecho español”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 25, Iustel, 2011, pp. 1-40.

¹⁹ Díez-Picazo, Luis María, *op. cit.*, p. 501.

Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón consideran que, aunque pareciera que es la regla general, educación no es sinónimo de escolarización. Asimismo sostienen que el *homeschooling* es un fenómeno a la alza que ha sido implementado en diversos países, entre ellos Estados Unidos, Canadá, Australia, Chile, Reino Unido, Irlanda, Austria, Hungría, Finlandia, Francia, Dinamarca y Bélgica. Sin embargo, cuando se permite la enseñanza en el hogar, no se trata de que el Estado se vea ajeno a lo que ocurre con los menores, sino lo contrario. A ese respecto, apuntan que los países que permiten el *homeschooling* tienen una regulación con diversos modelos de control público sobre la enseñanza que se proporciona por las familias, de tal modo que se garanticen los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos, y a la par, el cumplimiento de los deberes estatales de enseñanza.²⁰

En este debate, coincidimos con el Tribunal en que sí existe un derecho de los padres a decidir el sistema educativo en el que quieren formar a sus hijos. De no tenerlo no podrían elegir, para empezar, si se inscriben en una escuela pública o en una privada, pues todos tendrían que acudir a los centros educativos estatales. Asimismo, este derecho les permite elegir, dentro de la educación privada, si los matriculan en un colegio de sistema Montessori, activo, constructivista, tecnológico, cooperativo o tradicional. Incluso, les permite decidir si desean un colegio mixto o uno diferenciado.

No obstante, este derecho, como cualquier otro, puede ser modalizado por el legislador pues no es absoluto. Esta actividad legislativa debe, sin embargo, respetar el principio de proporcionalidad. Por ello consideramos que debe realizarse el test de racionalidad para determinar si la prohibición del *homeschooling* es constitucional. Ello, bajo la premisa de que no se debe hacer como un argumento obiter dicta, sino como ratio decidendi, contrario al tratamiento que le dio la Sala en el asunto en comento.

Pues bien, en primer término debe decirse que la prohibición del *homeschooling* que realiza la Ley Orgánica 10/2001, interpretada *a contrario sensu*, tiene dos finalidades: primera, la adquisición de una serie de conocimientos básicos por parte de los menores y, segunda, la integración social de los menores. Por tanto, existe una razón para tal modalización y se puede avanzar en el test.

²⁰ Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 240 -248.

Estimamos que supera el subprincipio de adecuación, puesto que con un sistema escolarizado se logra tanto la adquisición de conocimientos como la integración del menor de edad en la sociedad.²¹

Una cuestión delicada representa el segundo subprincipio de necesidad, en donde debe responderse si existe una medida que lesione menos el derecho de los padres y sea igualmente efectiva. Al respecto debe decirse que es claro que la escolarización no es la única manera de lograr las finalidades; pueden adquirirse conocimientos y puede lograrse una socialización de otras formas. Sin embargo, es la manera más sencilla que tiene el Estado de corroborar que se cumplan esos fines. Podría tal vez cerciorarse de ello mediante exámenes anuales, como sostenían los padres recurrentes en el caso en concreto. Pero ello únicamente constataría la primera de las finalidades, la adquisición de conocimientos. Por tanto, tomando en cuenta la laxitud con la que debe realizarse el examen de necesidad, estimamos que sí se cumple.

El test de proporcionalidad también requiere de una especial atención, pues implica responder qué tiene más peso en el sistema constitucional, si el derecho de los padres a decidir sobre el sistema educativo de los hijos, o las finalidades de la transmisión de conocimientos y de socialización. Sobre este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que pueden pesar más estas finalidades que el derecho de los padres pues:

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.²²

Sin embargo, no se trata de una cuestión pacífica. En una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución cada quien puede pensar en un distinto peso para el derecho y para las finalidades. Se puede pensar como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la decisión antes citada, o como el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso de los amish antes reseñado. Lo cierto es que, en cualquier caso, se trata de una decisión que puede tomar el legislador.



²¹ Papilia, Diane E. *et al.*, *Psicología del desarrollo. De la infancia a la adolescencia*, México, McGrawHill, 2005, pp. 412 y 413.

²² Caso Konrad vs. Alemania, Decisión de admisibilidad del 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003.