

La regulación del *homeschooling* ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad¹

Ana Llano Torres
Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Complutense

Me he topado con el fenómeno de la educación en casa al trabajar sobre la educación cívica y la educación afectivo sexual y, en esta primera aproximación, me ha parecido que el estudio del *homeschooling*² presenta grandes ventajas a la hora de afrontar la tarea jurídica clave en este tipo de problemas: delimitar el papel del Estado y los derechos de los padres, teniendo en cuenta el interés superior del niño³.

En este trabajo, quiero plantearme si el fenómeno minoritario del *homeschooling* mejora o daña la convivencia democrática, de modo que se deba reconocer y/o regular mínima o exhaustivamente o, en su caso, prohibir. No me ocuparé de lo que yo u otros pensamos acerca de este modo de educar, sino de su juridicidad (no sólo legalidad)⁴.

Por debajo de esta cuestión, late la tensión entre democracia y constitucionalismo: ¿cabe imponer siempre los criterios de la mayoría (en este caso, la confianza mayoritaria en la escolarización como medio idóneo para educar a los niños y la misma LOE 2/2006 de 3 de Mayo, que concibe tal escolarización como obligatoria, siguiendo así una de las

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título "Derecho fundamental a la educación: derecho, ciudadanía y libertad" (DER 2009-10009), del que es investigador principal el Prof. José Antonio Souto Paz y se está llevando a cabo en la Universidad Rey Juan Carlos. El proyecto ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (resolución de 14 de diciembre de 2009 de la Subdirección General de Proyectos de Investigación durante el trienio 2010-2012).

² Fenómeno emergente que suscita cada vez más interés, como atestiguan la existencia de dos tesis doctorales recientes y la celebración de tres congresos centrados en la educación en casa; y en el que los padres ejercen un amplio control sobre la educación de sus hijos. Cfr. C. Cabo González. El *homeschooling* en España: descripción y análisis del fenómeno. Universidad de Oviedo, 2012, disponible en <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/indice.htm> (consultada 15/01/2013) y M. Goiria Montoya. La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del *homeschool* en el ordenamiento jurídico español. Disponible en <http://www.slideshare.net/educacionsinescuela/la-opcion-de-educar-en-casa-tesis-corregida> (consultada 20/01/2013)

³ Así lo afirman, a pesar de su divergencia en cuanto al tipo de regulación del *homeschooling* que juzgan prudente, R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*. Chicago University Press, 2002 y P. Glanzer. *Rethinking the Boundaries and Burdens of Parental Authority over Education: a Response to Rob Reich's case study of homeschooling*. In *Educational Theory*, vol. 58, n. 1, 2008.

⁴ Reducción presente en los recientes Autos nº 88/11 de 3 de Junio de 2011 de la Audiencia Provincial de Girona y nº 80/12 de 17 de Abril de 2012 de la AP de Alicante, que derivan de procedimientos de jurisdicción voluntaria favorables a las familias y después recurridos. Basados en argumentos idénticos, ambos autos señalan que "podríamos estar discutiendo de forma ilimitada sobre los sistemas educativos y la conveniencia o no de la asistencia de los niños a un centro público o privado, pero ello no es la cuestión que aquí debe resolverse. *La cuestión litigiosa planteada debe resolverse desde un punto de vista estrictamente jurídico*". *Cursiva mía*. Como sostiene T. Tasso. *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, introducción a ID (ed). Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 39-40, hace falta una noción de interpretación que no sea mera aplicación de un texto legal sino la identificación de la juridicidad del hecho, que utiliza como uno de sus instrumentos, nunca el único, la ley. En cuanto al uso de la Jurisdicción Voluntaria en cuestiones relativas a derechos fundamentales, ha sido calificado de "marco estrecho" por el Magistrado del Juzgado de Menores L.C. Martín Osante. *Menores e incapacitados en situación de desamparo*. En *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza, 2008, p. 124.

posibles opciones legítimas dentro del marco de nuestra Constitución, como señaló la STC 133/2010 del 2 de Diciembre? ¿O debemos apostar por la libertad y dejar de mirar la opción minoritaria del *homeschooling* con lentes “estatalistas”? ¿Qué solución se muestra más acorde con las exigencias de pluralismo, integración y libertad?

1. ¿Qué se desprende de la jurisprudencia española?

Nadie cuestiona el logro histórico que ha supuesto la oferta generalizada de educación básica gratuita a todos los ciudadanos. Pero sí se puede cuestionar -y se ha hecho a partir de los años 60 en EEUU y de los 80-90 en España- la escolarización como único modo de recibir tal educación. ¿Escolarización obligatoria o pluralidad de métodos educativos? ¿Qué opción es más acorde con la lógica profunda de nuestro Ordenamiento jurídico?⁵ He rastreado en la jurisprudencia sobre el polémico y decisivo derecho a la educación, deteniéndome en la relativa al *homeschooling*, esa lógica jurídica encaminada, en última instancia, a salvar la acción humana -la educación del niño, en este caso- de la arbitrariedad. Pues bien, hay en la jurisprudencia española sobre la educación en casa dos líneas argumentativas contrapuestas:

a) en el conocido caso de “los niños de Dios”, el Tribunal Supremo hizo en su Sentencia 1669/1994 de 30 de octubre una interpretación amplia del alcance del derecho de elección paterno, que abarcaría la posibilidad de optar por modelos educativos distintos a los oficiales⁶. En sus argumentos se apoyaron la mayoría de los tribunales inferiores ante los que se presentaron supuestos semejantes⁷. Es cierto que éstos, como el Tribunal Constitucional en 1994, no entraban en el fondo del asunto, sino que se centraban en

⁵ A pesar de los múltiples síntomas de crisis de la razón en el campo jurídico, pienso que en todo ordenamiento jurídico hay un resto de *logos* nada despreciable, como sostenía a mediados del siglo pasado G. Capograssi. Il problema fondamentale, en *Iustitia*, 1949/1 y en *Diritto naturale* vigente. De VVAA, Roma, 1951, pp. 61-70, ahora en Id. Opere. Milano, Giuffrè, 1959, V, pp. 30-33: “los científicos del derecho han vivido hasta ahora de positivismo jurídico y se dan cuenta ahora de que las cosas son menos sencillas de lo que creíamos”. Los juristas -decía lejos de todo anarquismo tolstoiano y de toda contraposición entre derecho natural y derecho positivo- no deben “optar entre ordenamiento positivo y otra cosa que sea “conforme a razón”, sino que deben, como juristas, intentar comprender hasta el fondo el orden positivo, estudiarlo sin detenerse a mitad de camino en la superficie normativa, sino intentando llegar a las “estructuras inalterables de la vida concreta de la humanidad” de las que las normas y las instituciones positivas son determinaciones históricas puntuales. Al año siguiente, sostendrá Id. Prefazione a *La certezza del diritto* di Flavio López de Oñate. En Id. Opere V, cit., p. 89 (traducido al español como *La certeza del derecho*. Granada, COMARES, 2007): “indudablemente, hay que respetar la ley: ésta es la moralidad del jurista; pero el deber del jurista es también, es esencialmente, el de reconducir la ley singular a la entera razón objetiva que se expresa y concreta en la experiencia jurídica, en todo el ordenamiento del mundo del derecho, en todos los principios que lo sostienen”.

⁶ En efecto, desde el ámbito de lo penal, el Tribunal Supremo defendió que la obligación del Estado de favorecer el derecho a la educación y supervisar el proceso velando por su cumplimiento era compatible con el derecho de los padres a decidir educar a sus hijos en casa, siempre que se les diera la formación necesaria (aunque no fuese el ámbito ideal para el desarrollo de las relaciones personales y sociales que necesita nuestra sociedad). Siguiendo la STC 5/1981 de 13 Febrero, admitió la existencia de formas de educación alternativas al sistema educativo oficial, siempre con algunas limitaciones (FD 2º3 y 4º2).

⁷ Cfr. las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada 112/1996, de 29 de febrero, de la AP de Granada 132/1996, de 1 de marzo (aunque se trata de un caso de desescolarización, sin cumplimiento del deber de asistencia, contiene afirmaciones importantes sobre el *homeschooling*), de la AP de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre (sobre educación en internados o comunidades) y de la AP de Sevilla 15286/2001, de 10 de julio (otro supuesto desamparo, que se resuelve admitiendo la educación en colonias como alternativa a la escuela oficial). Con posterioridad a 2005, se vuelve a fallar a favor de la educación en casa por la vía indirecta de negar situación de desamparo, en dos supuestos llevados por lo penal: el Procedimiento de diligencias previas 110/2008, de 8 de julio (Juzgado de Instrucción nº 2 de Los Llanos de Aridane) y la Sentencia de la AP de Teruel sobre los Autos de procedimiento abreviado 126/2009, de 9 de octubre.

aclarar si la no escolarización constituía un supuesto de desamparo o ilícito penal. Pero también es verdad que todas las sentencias hacían algún tipo de referencia a los derechos educativos paternos interpretados en sentido amplio, reconociendo un derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación que consideren oportuna, dentro de los mínimos exigibles⁸.

b) a ella se opone la interpretación restrictiva del derecho paterno de elección educativa, excluyente del *homeschooling*: la Audiencia Provincial de Málaga en 2005 llevó el caso por la vía de lo civil y no la de lo penal, como hasta entonces había ocurrido. En su sentencia 548/2005, que obligaba a tres familias a escolarizar a sus hijos, siguió de cerca los argumentos del Magistrado Vicente Gimeno Sendra. Al recurrir los padres al TC, se encuentran con que éste en 2010 eleva la escolarización a elemento prácticamente nuclear del derecho a la educación y límite de las facultades paternas.

La sentencia 133/2010 de 2 de Diciembre es la primera del TC español que se pronuncia sobre la juridicidad de la educación en casa. Los argumentos, muy sintéticamente, son los siguientes: la facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema educativo no está comprendida en ninguna de las libertades constitucionales y la escolarización obligatoria de los niños entre 6 y 16 años impuesta por el legislador es perfectamente válida, pues no supone una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de los padres. Ello no excluye la constitucionalidad de otras opciones educativas, siempre que respeten los apartados 2º, 4º, 5º y 8º del art. 27 CE: también lo dejó claro la sentencia, contribuyendo así a reavivar el debate⁹.

Se ha pasado, así, de una interpretación extensiva, de la que deben ser objeto por principio los derechos humanos, a una interpretación restrictiva de las libertades educativas. Lo más discutible es el otorgar a la escolarización carácter fundamental¹⁰, confundiendo lo sustantivo, la educación, y lo instrumental, la escolarización.

⁸ En el mismo caso de “los Niños de Dios” que la Generalidad de Cataluña llevó ante el Tribunal Constitucional, la STC 260/1994 de 3 de octubre, adoptada por mayoría, rechazó la solicitud de amparo, sin afrontar el conflicto existente entre los derechos de los padres, que defendían su derecho a no escolarizar a sus hijos y enseñarles en el interior de su secta, y los intereses de los hijos, que la Generalidad de Cataluña pretendía proteger. Sí entró en el fondo el magistrado Vicente Gimeno Sendra, que en su Voto Particular identificó el derecho a la educación del artículo 27.1 CE con el derecho del niño a ser escolarizado, de modo que los poderes públicos deben asegurar tal escolarización con la coacción necesaria. J. Ferrer Ribá. Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña. En *Derecho Privado y Constitución*, n. 7, 1995, p. 68, se muestra de acuerdo con este magistrado. Por su parte, M^a J. Redondo Andrés. Familia y enseñanza. En *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado*. De VVAA, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 715 ss, considera que la escolarización obligatoria es “la vía más idónea de garantizar la enseñanza de los niños”, mientras que “en el caso de admitirse la enseñanza en casa, operaría ésta como una excepción”. Ya en Id. Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling). Valencia, IDP-Tirant lo Blanch, 2003, pp. 124-125, defendió la legitimidad de la escolarización básica obligatoria, dejando, no obstante, la puerta abierta a otros caminos.

⁹ Cfr. M.J. Valero Estarellas. *Homeschooling* en España: una reflexión acerca del art. 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (RGDCyDEE)*, número 28, 2012.

¹⁰ Cfr. M^a R. García Vilardell. El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del *homeschooling*. En *Anuario de derecho a la educación*, n. 1, 2012, p. 160. “Sorprende la facilidad con que el TC -afirma J. M^a, Martí Sánchez. El ‘homeschooling’ en el Derecho español. En *RGDCyDEE*, número 25, 2011, p. 34- acepta que se limite, por el legislador ordinario, lo que puede constituir el contenido esencial de la libertad de enseñanza”.

Es palpable el influjo alemán en este giro interpretativo. En efecto, en Alemania¹¹ pesa la conciencia de que la integración se puede y debe incentivar en la escuela y no faltan razones para pensar así. El argumento clave de los tribunales alemanes -en los casos Leuffen y Konrad- a la hora de hacer prevalecer la asistencia obligatoria a la escuela, frente a la opción del *homeschooling*, ha sido que la educación no sólo proporciona conocimientos, sino también competencias cívicas y sociales importantes como la tolerancia. Es más, alegan que existe un interés legítimo compartido en frenar la aparición de ‘sociedades religiosas o ideológicas paralelas’ y hacer de la escuela un lugar de integración de las minorías¹². Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2006 admitió que es una de las posibles interpretaciones acordes con el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³.

La cuestión es si ésta debe ser exclusiva y excluyente¹⁴. A mi juicio, se desenfoca la cuestión si se plantea en términos de defensa del “derecho del menor a una educación

¹¹ Th. Spiegler. Home Education in Germany: An Overview of the Contemporary Situation. In *Evaluation and Research in Education*, vol. 17 (2003), n. 2 & 3, pp. 179-190, ofrece una panorámica del *homeschooling* en Alemania, donde unos 500 niños están siendo educados en casa, a veces con la tolerancia tácita de las autoridades locales, otras con consecuencias jurídicas que van desde multas hasta la pérdida parcial de la custodia del menor o incluso una pena de prisión. El autor prevé que, cambie o no el trato jurídico del *homeschooling*, el fenómeno irá en aumento. Recientemente se celebró en Alemania el *I Global Home Education Conference* en cuyo marco se presentó la *Berlin Declaration* del 3-11-2012: <http://www.ghec2012.org/Declaration.pdf> Cfr. <http://www.ghec2012.org/cms/content/about-ghec-2012> (consultada, 3/01/2013)

¹² En los casos *Renata Leuffen c. Alemania*, de 9 de julio de 1992 y *Konrad y otros c. Alemania*, de 11 de septiembre de 2006, el TC alemán defiende la constitucionalidad de la escolarización obligatoria, de acuerdo con los argumentos de los tribunales inferiores, y, en síntesis, viene a subrayar el principio socializador y la exigencia de integración de los diferentes, demandas a las que responde la escuela. F. Reimer. School attendance as a civic duty v. home education as a human right. In *International Electronic Journal of Elementary Education*, vol. 3, Issue 1, October 2010, p. 7 alude al caso de la familia Neubronner como la versión norteña del caso sureño Konrad, que no llegó al TEDH porque tras el fracaso de los tres primeros recursos, la familia se mudó a Francia.

¹³ Si la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en 1992 hizo prevalecer el derecho fundamental del niño a la educación, sobre el que no pueden primar las convicciones de los padres, y subrayó la obligación del Estado de regular dicha educación, dentro de su margen de libre apreciación, pudiendo establecer el carácter obligatorio de la escolarización, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia sobre el caso *Konrad and others v. Germany*, de 11 de septiembre de 2006, The Law I, pp. 6-8, sostuvo la necesidad de interpretar de forma conjunta el artículo 2 del Protocolo Adicional del CEDH, que reconoce el papel del Estado y el derecho de los padres en relación con el derecho a la instrucción. Lo decisivo es que “el respeto a las convicciones de los padres sólo les es debido en la medida en que no entran en conflicto con el derecho de los niños a la educación, que prevalece en el conjunto del precepto. Esto significa que los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación apoyándose en sus propias creencias”. Recordó que los Estados tienen un amplio margen de decisión a la hora de organizar y programar la enseñanza y que, entre las distintas fórmulas que conviven en Europa, la solución de la escolarización obligatoria -con algunos requisitos legalmente previstos-, es válida y legítima. También valoró el interés por evitar sociedades paralelas basadas en concepciones filosóficas distintas y la importancia de integrar a las minorías en la sociedad, interpretación que juzgó acorde con su jurisprudencia sobre el valor del pluralismo para la democracia.

¹⁴ No en vano el informe publicado por la *Asamblea General de las Naciones Unidas* el 9 de marzo de 2007 señala entre los desafíos que presenta la educación en Alemania la apertura a la educación en el hogar como opción válida. Cfr. UN Human Rights Council, Addendum to the *Report of the Special Rapporteur on the Right of Education, Mission to Germany (13-21 February 2006)*, A/HRC/4/29/add.3 of 9 March 2007, disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4623826d2.html> (consultada, 1/10/2012). Es significativo que en los países en los que no hay una democracia liberal y padres e hijos muestran el nivel más bajo de autonomía mínima, no hay *homeschooling*, mientras la emergencia de formas jóvenes de democracia se traduce en la apertura al *homeschooling* y a las escuelas privadas. Sobre *homeschooling* en Europa, cfr. L.A. Taylor, A. Petrie. Home Education Regulations in Europe and Recent

integral a través de la escuela” *versus* “derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus creencias siguiendo el modelo educativo que consideren más idóneo”. No veo justo contraponer la educación escolar en la autonomía a la super-protección de los menores por parte de los homeschoolers, como si no cupiera educar para la autonomía en casa y la escuela lo hiciera por descontado. El derecho a la educación es un derecho del menor a recibir unas enseñanzas que le introduzcan en la realidad y que deben amoldarse a lo establecido por nuestra Constitución y el Derecho Internacional. Que ello deba lograrse siempre por medio de la escolarización o pueda ser jurídicamente admisible o incluso deseable la existencia de opciones educativas alternativas, es la pregunta que el hecho del *homeschooling*¹⁵ nos obliga a plantearnos.

2. Una aproximación al mundo del interés superior del niño

Creo que, sin desconocer la realidad del conflicto y de los abusos de la autoridad paterna, un planteamiento de la educación de la infancia que contraponga los hijos a los padres, generalizando las patologías y desconociendo la fisiología de la vida de las familias, puede perjudicar a los niños¹⁶. Precisamente porque la autonomía exige el

U.K. Research. In *Peabody Journal of Education* 75, n. 1-2 (2000), pp. 49-70 y Ch. Glenn. Educational Freedom in Eastern Europe. Washington DC, Cato Institute, 1995.

¹⁵ Que obedece a motivos de muy diversa índole. En Inglaterra, R. Morton. “Home education: Constructions of choice”. In *International Electronic Journal of Elementary Education*, vol. 3, Issue 1, October, 2010, distingue tres modos diversos de concebir el *homeschooling*: como opción natural, como opción social y como último recurso, concepciones ligadas a su comprensión de la educación, la infancia y la paternidad, y advierte la necesidad de una política educativa que eleve las posibilidades de elección de los padres en el ámbito educativo y que promueva una educación que se acomode a las necesidades de cada niño, llamando a pensar con más amplitud sobre el *homeschooling* y su impacto en la sociedad. En Estados Unidos, E. Collom, D.E. Mitchell. Home schooling as a social movement: Identifying the determinants of homeschoolers’ perceptions. In *Sociological Spectrum*, 2005, vol. 25, nº 3 (may-june), pp. 273-305, 277, señalan que los investigadores se muestran de acuerdo en que las decisiones de educar a los hijos en casa pueden agruparse en cuatro amplias categorías: insatisfacción con la escuela pública, preocupaciones de orden académico o pedagógico, visión de la vida familiar y valores morales y/o religiosos; cfr. los excelentes estudios de J. Murphy. *Homeschooling in America: Capturing and Assessing the Movement*. Corwin, Sage Publications Limited, 2012 y I. M. Briones Martínez, *La libertad religiosa en los EEUU. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Barcelona, Atelier, 2012. En España C. Cabo. El *homeschooling* en España, cit., IV, apartado 4, sin negar importancia a la indagación de tales motivos, se muestra escéptico con respecto a la fiabilidad de los resultados. Es digno de notar que el orden o jerarquía de los motivos alegados por los padres no coinciden con el orden de importancia que les atribuye Cabo, tras su estudio a través de entrevistas, webs, foros, blogs y listas de correos. A su juicio, tienen más importancia en la decisión los motivos afectivos, socio-relacionales y personales que las motivaciones pedagógicas o ideológicas, que salen más en las encuestas. Así lo afirma tanto en el análisis cualitativo, como en las conclusiones finales. Es también significativo que en España los motivos religiosos tengan muy poca importancia como detonante de la decisión de educar a los hijos en casa y tuvieron menos importancia todavía en los años 90, en los comienzos. Insiste en ello en las conclusiones: “esta imagen de los *homeschoolers* rompe el cliché de colectivo fundamentado en ideales religiosos de carácter ultra-conservador (modelo imperante en los EEUU...) El *homeschooling* español... es esencialmente... laico”.

¹⁶ Cfr. J. Coons, R. Mnookin, S. Sugarman. Puzzling Over Children’s Rights. In *Brigham Young University Law Review*, 1991, pp. 317 ss y 339 ss, páginas en las que discute sobre los límites que, en la forma de reglas o criterios, el Estado, los padres o ambos ponen a los niños. De un lado, ve claro que “el emancipador extremo puede sólo ser entendido como un provocador. Con todo, menospreciarle es no entender absolutamente nada”, p. 341. De otro, reconoce que “hay un riesgo real de que liberar al niño de sus padres pueda lograrse sólo dañando la misma institución de la que el niño depende para alcanzar su plena autonomía, la familia. Haciendo pedazos la autoridad de la familia, la libertad actual del niño a disentir podría ser el enemigo de su futura autodeterminación”, p. 348. En la misma línea, añade que “quizás la primera seguridad de la libertad del niño descansa en la soberanía del padre normal cuyo afecto y propio interés se equilibran para hacer de la autonomía del niño el principal objetivo de la familia. La

cultivo de las virtudes de la dependencia¹⁷, lo normal es que el interés superior del niño converja con y dependa del interés de sus padres¹⁸. Adoptar el punto de vista del *bad man* distorsiona la realidad y lleva a pedir al derecho lo que no puede o no debe dar¹⁹. La experiencia muestra la existencia de conflictos en las familias -desde los más leves a los más graves-²⁰ Y el Derecho acusa este aumento de lo patológico en las relaciones familiares (frente a lo cual debe reaccionar), pero no cabe ignorar lo fácilmente que degenera en mero instrumento de la ideología²¹.

Cuando se rechaza el *homeschooling*, suele enfocarse el asunto como un conflicto entre los intereses contrapuestos del menor y los de sus padres -cuyos derechos son mirados con sospecha²²-, haciendo prevalecer el interés superior del niño, del que el Estado,

mayoría de los padres parecen dar a los niños las libertades concretas que son capaces de ejercer. A menudo, el padre es el único juez práctico de tal capacidad. Al mismo tiempo, tal régimen limitado pero progresivo de autonomía puede ser la mejor base del entrenamiento que la sociedad ha encontrado para la autonomía adulta. El sistema es imperfecto, es humano, y por lo general efectivo. Si la esperanza de la liberación de los niños -ahora y en su vida adulta- descansa en el poder de los padres para actuar con autoridad, el reformador que comprometa tal soberanía de los padres es un cuestionable aliado de la libertad”, p. 349. Ahora bien, concluye en p. 350, “sigue siendo un rompecabezas de difícil solución si se serviría a los niños mejor que hoy exigiendo una mayor responsabilidad al Estado por su bienestar o mediante un efectivo apoderamiento de los padres”.

¹⁷ La feminista canadiense J. Nedelsky. *Reconceiving Rights as Relationships*. In 1 *Review of Constitutional Studies* (1993), pp. 7-8, denuncia la errónea comprensión de la autonomía que permea el discurso individualista de los derechos: “lo que hace posible la autonomía no es la separación, sino la relación”, “la dependencia no es la antítesis de la autonomía, sino una precondition en las relaciones -entre padre e hijo, estudiante y profesor, Estado y ciudadano- que confiere esa seguridad, educación, alimento y apoyo que posibilitan el desarrollo de la autonomía”. Cfr. también M.L. Minow. *Making all the Difference: Inclusion, Exclusion and American Law*. Cornell University Press (1990).

¹⁸ Para C. Huntington. *Rights Myopia in Child Welfare*. In 53 *University Colorado Law Review* (2006), pp. 637 ss, una de las razones de la inadecuación de “un marco exclusivamente basado en derechos” al abordar problemas relacionados con el bienestar del niño es que genera “una mentalidad de ganar/perder que alimenta unas relaciones de antagonismo entre los padres y el Estado, más que promover la verdadera colaboración que se necesita para afrontar los difíciles problemas que sufren las familias”, p. 664. “El 10 % de los casos” que “implican abusos graves” deberán resolverlo los tribunales, pero no “los casos restantes y en particular el 50 % de los casos de negligencia relacionada con pobreza”, en los cuales “los derechos de los padres y los del niño no están necesariamente enfrentados”, p. 671.

¹⁹ Como escribiera A. Solzhenitsyn. Un mundo dividido en pedazos, discurso del 8 de junio de 1978 en Harvard, “el derecho es demasiado frío y formal para estar en condiciones de introducir el bien en la sociedad. Cuando toda la vida está compenetrada de relaciones jurídicas, he aquí que aparece una atmósfera de mediocridad espiritual que sofoca los mejores impulsos humanos”.

²⁰ Según R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit., pp. 151 ss, los niños tienen un interés independiente en la educación: si su adquisición de las competencias básicas para moverse con independencia es algo habitualmente buscado por todas las partes (niños, Estado y adultos), no ocurre lo mismo con la adquisición de una autonomía mínima, esencial para “llevar una vida buena y floreciente en una sociedad liberal”, contra la que pueden resistirse el Estado y ciertos padres (p. 156). Aunque su prejuicio estatista le lleva a ver la principal amenaza a la educación en la autoridad paterna: si ésta “no promueve la autosuficiencia y la independencia de los niños, el Estado debe intervenir y asegurar tales resultados”, p. 160.

²¹ M. Skivenes, *Judging the Child’s Best Interests. Rational Reasoning or Subjective Presumptions?* In *Acta Sociologica*, 2010, vol. 53 (4), pp. 339–353, analiza tres casos sobre adopción en Noruega y cuestiona que las decisiones del Tribunal Constitucional en relación con ellos fueran tomadas realmente en favor del interés superior del niño en concreto. Lejos del realismo que reclama en p. 343, en dos de los casos se ignora al niño y la argumentación peca de debilidad, mientras que en el tercero se falla a favor de la adopción después de una deliberación seria en la que el niño y su historia es tenida en cuenta. Ese realismo le lleva a reclamar el establecimiento de criterios objetivos a seguir para juzgar lo que beneficia a cada niño, p. 350.

²² D. Monk. *Problematising home education: challenging ‘parental rights’ and ‘socialization’*. In *Legal Studies* 24 (4), 2004, pp. 568-598 analiza la sentencia del caso Leuffen y critica la mentalidad que

oportunamente asesorado por los psico-pedagogos, se erige en fiel intérprete y custodio²³.

Criticando tal enfoque, se ha afirmado que “colocar el interés superior del niño en un puro marco de derechos... desvela una desconexión internacional entre lo que los niños necesitan -protección- y lo que la convención provee -derechos-” y que “el legítimo interés superior del niño debe ser protegido por los padres y después por el Estado”²⁴.

La constitucionalista italiana Marta Cartabia ha advertido la existencia de dos “almas” en la Convención de los derechos del niño de 1989²⁵. Muchos de sus cincuenta y cuatro

subyace a esta sentencia y a la del caso Konrad, que miran con sospecha los derechos y libertades de los padres. Sospecha que, según P.L. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., refleja R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit. Una versión más reducida del capítulo VI de este libro se publicó como *Testing the Boundaries of Parental Authority Over education: The Case of Homeschooling*. En *Political and Moral Education, NOMOS XLIII*, de VVAA, New York University Press, 2002.

²³ Según R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit., p. 108, el Estado debe “tratar la autonomía como un valor a perseguir y apoyar”, hasta el punto de “violar el respeto a la autonomía [paterna] en su esfuerzo por promover su ejercicio”. En realidad, reconoce en p. 172 que su interés de fondo es reconducir a las familias al sistema educativo público, más que regular el homeschooling para evitar posibles abusos de libertad. El prejuicio estatalista caracteriza a estos adalides de la democracia ideal que, en nombre de la libertad, no temen negar la pluralidad de métodos educativos y cercenar la libertad de educación, en menoscabo de la democracia real. En la misma línea, M. A. Fineman, K. Worthington. *What is Right for Children? The Competing Paradigms of Religion and Human Rights*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2009, p. 235 señalan que “la sugerencia más apropiada para nuestro actual dilema educativo es que la educación pública debería ser obligatoria y universal. El elocuente interés de los padres podría ser un suplemento, pero nunca suplantar las instituciones públicas donde la lección básica y fundamental sería enseñada y experimentada por todos los niños Americanos: debemos luchar juntos para definirnos a nosotros mismos a la par como individuos y colectivos”. ¿Acaso el educar en casa implica privatización e individualismo de por sí? Y ¿es que la escuela pública implica, también de por sí, forjar ciudadanos activos y responsables? Crítico al respecto, Ch. Glenn. *Fanatical Secularism*. In *Education Next*, Winter, 2003, en www.educationnext.org, arremete contra los pedagogos que se creen especialmente preparados para decidir qué es lo mejor para los niños. Cfr. Id. *The Ambiguous Embrace: Government and Faith-based Schools and Social Agencies*. Princeton University Press, 2000.

²⁴ Cfr. L. Kohm. *Suffer the Little Children: How the United Nations Convention on the Rights of the Child Has Not Supported Children*. In *22 New York International Law Review*, 2009, 57, pp. 11-12. Tras evidenciar el fracaso de la Convención a través de cinco ejemplos de problemas acuciantes que sufren los niños en el mundo, sostiene que “los niños están protegidos cuando los adultos tienen el deber de protegerlos... El marco internacional de la libertad descansa en derechos, pero a menudo no contiene los deberes correspondientes”, p. 10. “La jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de familia exige la protección de los niños a través del modelo legalmente coactivo del interés superior del niño. No es un marco de derechos, sino un marco de protección que exige a los adultos obligaciones y deberes de obrar conforme al interés superior de los niños... El modelo del interés superior del niño funciona mejor que la Convención de los derechos del niño porque equilibra el derecho moral universal con el bienestar de los niños. Esta es la esencia de lo que los niños necesitan del derecho. Más que un marco legal de derechos, los niños se benefician de un entorno familiar...”, p. 11.

²⁵ Cfr. M. Cartabia, *La edad de los ‘nuevos derechos’*. En *Revista de Derecho Político* de la UNED, n. 81, 2011, pp. 85-92. J. Eekelaar. *The Emergence of Children’s Rights*. In *Oxford Journal of Legal Studies*, 6, 1986, p. 161 subraya el contraste que existe entre el consenso general sobre los intereses básicos y de desarrollo del niño -una vida saludable, su bienestar psicológico y sus capacidades de desarrollo- y la polémica que despiertan los derechos de autonomía; Id. *The Interest of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism*. In *International Journal of Law, Policy and the Family*, n. 8, 1994, pp. 42-61. Ph. Alston, J. Tobin. *Laying the Foundations for Children’s Rights*. Florence, UNICEF Innocenti Research Center, 2005, pp. 2 ss, 23 ss, resume las cinco fases que han atravesado los derechos del niño; D. Thronson. *Kids Will Be Kids? Reconsidering Conceptions of Children’s Rights Underlying Immigration Law*. In *Ohio State Law Journal*, vol. 63, n. 3, 2002, pp. 979 ss, expone las cuatro

artículos siguen la tradición jurídica para la cual los menores merecen medidas adicionales de protección, dada su vulnerabilidad. Una segunda perspectiva asoma en algunas partes de la Convención, al promover la emancipación y autonomía del menor y conceder a los niños derechos al estilo de los de los adultos²⁶. Con los “derechos del niño” y el “interés superior del niño” ocurre algo parecido a lo que advirtiera Capograssi en los conceptos jurídicos hace medio siglo: que asumen un doble significado, según sean mirados desde la tradición o desde la ideología²⁷.

A menudo este paso del enfoque de una protección jurídica especial del menor al planteamiento que confiere al niño derechos de autonomía se ve como un indiscutible progreso a favor del bienestar del menor²⁸. Pero llevar la autonomía del menor demasiado lejos puede ser arriesgado: algunos de esos nuevos derechos de los menores podrían ser, según el término usado por Elizabeth Wolgast, “erróneos”²⁹. La experiencia enseña que independencia, autonomía y libertad son fruto de una saludable relación con adultos³⁰, relación de confianza, no de propiedad³¹.

En todo caso, reconocer el bienestar y el interés superior del niño como criterio a seguir no implica adoptar una perspectiva estatista, sino cooperación y amplitud de miras. Barbara Woodhouse, por ejemplo, ha propuesto un análisis ecológico del desarrollo de los niños que “no trata a niños, padres y gobierno como actores separados y autónomos, sino más bien como ligados entre sí”³². El *homeschooling* implica una relación jurídica

concepciones de los niños (como propiedad, como pupilos, como adultos y como personas) que siguen influyendo en los derechos de los niños.

²⁶ “Ciertamente, la ampliación universal de los derechos de los adultos a los niños -admite D.B. Thronson, *Kids Will Be Kids?*, cit., p. 987- no es, como tal, ninguna panacea. La mera ampliación de derechos a los niños no hace nada para asegurar que los niños sean capaces de ejercer sus derechos... Si el reconocimiento emancipador de los niños como individuos sujetos de derechos es un avance en el tratamiento de los niños como personas, por sí solo es insuficiente. No obstante, el reconocimiento de que los niños carecen de capacidad para ejercer ciertos derechos es sustancialmente diferente de la conclusión de que los niños carecen de derechos”. Por su parte, M. Kohm, M.E. Lawrence. *Sex at Six: The Victimization of Innocence and Other Concerns over Children’s Rights*. In *Brandeis Journal of Family Law*, 36, 1997-98, pp. 361, 369, señala que “otorgar por ley derechos a los niños *per se*... no es el modo más apropiado de preocuparse por su interés superior”.

²⁷ Cfr. G. Capograssi. *Premessa alla nuova serie della RIFD*. In Id. *Opere IV*, cit., pp. 173-179.

²⁸ La cuestión de la titularidad del derecho a la formación religiosa y moral de los hijos, por ejemplo, recibe un enfoque diverso. Cfr. M.R. García Vilardell, *El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos: precisiones en torno a su alcance. Su aplicación al caso concreto del homeschooling*. En *Anuario de derecho a la educación*, n.1, 2012, pp. 140-141: “la protección del menor... ya no es observada desde la óptica pasada, en la que el menor de edad era considerado un sujeto débil y, por ello, necesitado de protección, sino que esa protección se diseña actualmente apoyándose en el principio de autonomía, que ocupa un lugar prominente”.

²⁹ Según E.H. Wolgast. *Wrong Rights*. In *Hypatia* 2 (1), pp. 25-43, un modelo atomista de sociedad nos lleva a afrontar las injusticias en términos de derechos individuales, pero éstos no siempre ofrecen la protección necesaria. Ejemplo de derechos erróneos son los derechos de los pacientes y los derechos de los menores, sostiene Id. *The Grammar of Justice*. Cornell University Press, 1987, pp. 28 ss.

³⁰ Cfr. O. O’Neill. *Children’s Rights and Children Lives*. In *Ethics*, 98, 1988, pp. 445 ss, especialmente pp. 445-446 y 462.

³¹ D. B. Thronson. *Kids Will Be Kids?*, cit., p. 990.

³² B.B. Woodhouse. *Reframing the Debate about the Socialization of Children: An Environmentalist Paradigm*. In *The University of Chicago Legal Forum*, 2004, pp. 119, 122 y 125. Dedicó la última parte de su trabajo al paradigma del “ecogenerismo” que “examinaría el bienestar de los niños refiriéndose a comunidades más que a individuos y... atendería no sólo a la aparición de nuevas generaciones, sino también a su florecimiento y crecimiento, como el resultado más importante que se obtendría fomentando la estabilidad, integridad y belleza de la comunidad”, *Ibid*, pp. 134-135. Por su parte, L.M. Kohm. *Suffer the Little Children...*, cit., p. 13, advierte que “un marco de derechos es completamente inadecuado para

compleja protagonizada por el niño, los padres y el Estado, cuyos intereses no son contrapuestos, no al menos a priori: frente a toda consideración individualista del niño como autónomo y desligado del contexto familiar³³, los derechos de los niños “no tienen por qué entrar en polémica con los de los adultos; existen no sólo como exigencias de independencia y autonomía de los adultos, sino también como reclamos de cuidado y protección por parte de los adultos y demanda de relación con ellos”³⁴.

3. El reto de la educación en casa desde una perspectiva iusfilosófica

3.1. El trasfondo filosófico jurídico de las razones que prohíben el *homeschooling*

Puede ser útil recordar brevemente el planteamiento que hace Böckenförde del problema de la integración que suscitó la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* al confiar el individuo a sí mismo y a su libertad, problema no percibido con nitidez mientras la idea de nación sirvió de factor unificador. Tras preguntarse “en qué medida los pueblos reunidos en un mismo Estado pueden vivir sólo de la garantía de la libertad del individuo, sin un vínculo unificador preexistente a esta libertad”³⁵, sostiene que en la segunda mitad del siglo XX, sobre todo Alemania ha cifrado la nueva base de homogeneidad en el complejo de convicciones axiológicas existentes, recurso que juzga, de acuerdo con la denuncia schmittiana de la “tiranía de los valores”, insuficiente y peligroso para la libertad, ya que “abre la puerta al subjetivismo y al positivismo de las valoraciones cotidianas que, reclamando cada una de ellas la validez objetiva para sí, destruyen la libertad más que fundarla”³⁶.

De ahí su conocido teorema: “El Estado liberal, secularizado, vive de presupuestos que por sí mismo no puede garantizar. Este es el gran riesgo que, por amor de la libertad, el Estado debe afrontar”³⁷. Su liberalismo implica que las libertades de los ciudadanos

proteger a los niños. La solución es una respuesta legal que atribuya obligaciones a los adultos interesados en proteger esos niños y sus intereses dentro de la nación firmante”. También O. O’Neill. *Children’s Rights and Children’s Lives*. En *Children, Rights and the Law*, de VVAA, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 24 ss, para la que la infancia es una etapa de dependencia en el camino hacia la autonomía racional, piensa que se podría avanzar más si basáramos los derechos de los niños en la idea de obligaciones morales hacia ellos.

³³ Los problemas familiares no pueden resolverse desde el individualismo de los derechos: ayudar al niño exige tener en cuenta toda la familia. Cfr. S. Brooks. A Family Systems Paradigm for Legal Decision Making Affecting Child Custody. In 6, *Cornell Journal of Law & Public Policy* 1 (1996).

³⁴ D.B. Thronson. Kids Will Be Kids?, cit., pp. 981. B.B. Woodhouse. Reframing the Debate..., cit., p. 133, sugiere, frente al “paradigma del *common law* que ve las relaciones entre derecho y familia sólo en términos de derechos individuales”, “un enfoque que estudie los niños dentro de sus ambientes y trate de entender las relaciones complejas entre ambiente y desarrollo saludable”. “Ninguna persona sensata - escribe Id, *Child’s Custody in the Age of Children’s Rights: the Search for a Just and Workable Standard*. In *Family Law Quarterly*, vol. 33, n. 3, 1999, pp. 815-832, p. 816- proclamaría la emancipación de los niños; las leyes que confieren a los padres el poder de controlar y tomar decisiones que afectan a los niños son claramente componentes necesarios de una sociedad democrática”. Tras explicar el desarrollo del modelo del interés superior del niño y los argumentos a favor y en contra del mismo, señala que el futuro del derecho de tutela depende de la mejora del modelo, no de su sustitución por alternativas que no adoptan una perspectiva centrada en el niño. De hecho, Id. *From Property to Personhood: a Child Centered Perspective on Parents’ Rights*. In *Georgetown Journal of Fighting Poverty*, 5, 1998, pp. 313 ss, critica a los defensores de la familia tradicional que se oponen a la Convención de los derechos del niño, en la que ven una amenaza a los derechos de los padres.

³⁵ E-W. Böckenförde. La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione, in Id. *Diritto e secolarizzazione*. Dallo Stato moderno all’Europa unita. Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 52.

³⁶ Cfr. *Ibid*, pp. 52-53.

³⁷ *Ibid*, p. 53.

sean reguladas a partir de la sustancia moral del individuo y de la homogeneidad de la sociedad y, a la vez, le impide garantizar tales fuerzas reguladoras internas con los medios de la coacción jurídica y el mandato autoritario³⁸. Esta separación entre Estado y sociedad civil, clave del constitucionalismo liberal³⁹, está siendo refutada a partir de una concepción radical del Estado social y democrático.

Para el constitucionalista alemán, la pertinencia de la distinción no implica abolir el principio democrático, sino limitarlo y vincularlo, de modo que se garantice la doble vertiente política y cívica de la libertad⁴⁰. La idea moderna de libertad que inspira los derechos individuales fundamentales ha erosionado la religión como fuerza generadora de homogeneidad y las verdades comunes pre-rationales heredadas a través de los conceptos de pueblo y nación, de manera que el vínculo que mantenga unida la sociedad y el Estado debe hoy nacer de modo laico. Asistimos, muchas veces impotentes, a los procesos de la globalización y los avances de la tecnología, que provocan el desarraigo en la forma de vida⁴¹.

Democracia y estatalidad demandan el refuerzo y la renovación de la integración por medio de la constitución y consolidación de múltiples contextos de asociación y comunidades socio-culturales, así como de la mediación entre los desacuerdos normativos que se difunden en la sociedad. Böckenförde llama, no obstante la validez y posibilidad de esta vía, a no descuidar la dimensión política y estatal: a veces es precisa “una formación activa de las conciencias iniciada por la política y sostenida por el Estado” -escribe-. Dado que sólo cabe reconocer, acoger e integrar al distinto desde una identidad y no desde una mera libertad abstracta y vacía, cuando tal elemento unificador falta o disminuye, la integración se convierte en una tarea de gobierno que deberá tener en cuenta lo existente hasta ahora, pero también descubrir nuevos factores de vida en común y transmitirlos a todos⁴². Tradición y creatividad resultan, pues, esenciales⁴³.

Ahora bien, entre la política y la ética presente en una sociedad, el derecho ni es ajeno a la política, ni es neutral respecto de la ética, pero tampoco puede dejarse absorber por ellas degenerando en totalitario. Sólo así, observa Böckenförde, se convierte en el “lugar de la libertad posible”⁴⁴: si puede “sostener y proteger normativamente reglas de

³⁸ “Habría que preguntarse una vez más -con Hegel- si también el Estado mundano secularizado debe en definitiva vivir de los impulsos y fuerzas unificadoras interiores mediadas por la fe religiosa de sus ciudadanos. No, desde luego, transformándose en “Estado cristiano”, sino más bien de modo que los cristianos dejen de ver en él algo extraño y hostil a su fe, para verlo como la oportunidad de libertad que es también tarea suya realizar y conservar”, sostiene *Ibid*, p. 54.

³⁹ Cfr. E-W. Böckenförde. L'importanza della separazione fra Stato e società nello Stato sociale democratico di oggi. En *Id. Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 82-114.

⁴⁰ *Ibid*, pp. 97-98.

⁴¹ Cfr. *Id.* Il futuro dell'autonomia politica. Democrazia e statalità nel segno della globalizzazione, dell'europeizzazione y dell'individualizzazione. En *Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 216-218.

⁴² Cfr. *Ibid*, pp. 220-221.

⁴³ “Para integrar social y políticamente a los ‘Hijos de la Libertad’ hace falta fantasía creadora”, afirma *Ibid*, p. 221. “Si la escuela -insiste *Ibid*, pp. 221-222- viene entendida como simple imagen especular de la sociedad, como lo es, pero no sólo, y su misión educativa es minimizada o negada y la institución de los fines educativos declarada impracticable o inadmisibles por la vía del pluralismo, entonces queda improductiva una parte esencial de la tarea de la integración, que es también y sobre todo indispensable para una comunidad organizada democrática y liberalmente”.

⁴⁴ *Ibid*, p. 222-223, subraya la importancia de buscar en el contexto de individualización y globalización una nueva estabilidad que sustituya la seguridad de antaño y advierte que fenómenos como las sectas, las ideologías abstractas y los extremismos tienden a crecer en la medida en que las instituciones sociales y pre-políticas como la familia, el vecindario, las asociaciones -cemento “toquevilliano” de la democracia

vida y actitudes éticas preexistentes” e “incluso mantener hasta cierto punto despierta la conciencia ética en la sociedad”, el derecho nunca podrá “crear desde la nada, con una disposición normativa, una conciencia ética ausente o salvaguardar reglas éticas de vida en vía de disgregación”⁴⁵.

Pues bien, aunque prevalece en Alemania la percepción de que el *homeschooling* no contribuiría en nada al objetivo prioritario de la integración, hay voces que no contraponen a priori tal necesidad de integrar a los ciudadanos y la apuesta por una libertad de educación que no excluya por principio toda educación extra-oficial. Se ha considerado, por ejemplo, falaz el argumento de las sociedades paralelas: “el miedo a la desintegración de la sociedad no puede ser la clave interpretativa de los derechos constitucionales”⁴⁶. Una adecuada ponderación del derecho de los padres, el interés superior del niño y el papel del Estado en educación -escribe Reimer- no debe ser esquemática ni rígida, sino atender al caso concreto. Ve paradójico que la escolarización obligatoria de los hijos de padres que pertenecen a minorías se defienda con el argumento de la tolerancia hacia ellas y que el principio constitucional de proporcionalidad, al usarse contra el *homeschooling*, en vez de proteger la libertad individual, exigiendo al Estado proporción a la hora de limitar aquélla, proteja su restricción, exigiendo a los padres un comportamiento proporcionado, lo cual muestra que, a juicio de los tribunales, el incómodo uso de la libertad por parte de las minorías ha de justificarse⁴⁷. “Las autoridades escolares y tribunales alemanes... parecen a veces tener la tentación de renunciar al liberalismo”, sostiene este autor. Y es que, concluye, hay dos modos de realizar el pluralismo: el de “una sociedad que proporciona tolerancia y otras competencias sociales por medio de la creación y dirección de foros obligatorios (como las escuelas)” y el de “una sociedad que deja el surgimiento de tales foros a los mismos grupos sociales y organizaciones”⁴⁸. No cabe duda de que conviene que existan tales foros comunes, más allá del parlamento y los medios de comunicación. Pero ¿ha de crearlos el Estado o es tarea que compete a la sociedad civil?

En España, Prieto Sanchís subraya que la libertad actúa como clausura de nuestro sistema constitucional: la libertad jurídica es la regla, no la excepción. “Todo lo que la Constitución no prohíbe u ordena debe reputarse *en principio* jurídicamente permitido, y la extensión a esa esfera de inicial permisión de normas imperativas que limitan la libertad requiere un respaldo constitucional suficiente; es decir, requiere la existencia de algún valor que pueda o deba ser protegido en un Estado de Derecho y cuya garantía exija un cierto sacrificio de la libertad”⁴⁹.

americana- pierden su capacidad de sostener e integrar. “Sólo en base a determinadas certezas, con cuya ayuda se puede determinar el propio puesto, la percepción de las posibilidades y la elección entre ellas se convierten en un acto de libertad y de realización de la libertad. Ello puede también desarrollar la propia identidad, pero no abolirla”, p. 223.

⁴⁵ E-W. Böckenförde, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto*. In *Id. Diritto e secolarizzazione*, cit., pp. 27 y 29.

⁴⁶ F. Reimer. *School attendance as a civic duty v. home education as a human right*, cit., p. 12.

⁴⁷ *Ibid*, p. 13.

⁴⁸ *Ibid*, p. 14.

⁴⁹ L. Prieto Sanchís. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En *Derechos y Libertades*, número 8, 2000, p. 465; pp. 459 ss, sobre el derecho general de libertad como norma de clausura de nuestro sistema de libertades. “La norma de clausura -concluye en p. 468- no implica ninguna sobrevaloración acrítica de la libertad individual; al contrario, viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría trucada en favor de la autoridad. Aceptando el igual valor en abstracto de todos los derechos y bienes constitucionales y, por tanto, el igual valor de la libertad y de sus restricciones, lo que se sugiere es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en

3.2. Consideraciones sobre la oportunidad de reconocer y regular el *homeschooling*

Investigaciones pedagógicas recientes muestran que la heterogeneidad del alumnado es incompatible con un programa único o medios de educación uniformes⁵⁰. La pérdida de homogeneidad en nuestras sociedades hace que, cuando una política educativa ofrece posibilidades pedagógicas y religioso-filosóficas diferentes y, sin descuidar la cohesión social⁵¹, garantiza posibilidades de elección respetuosas con la libertad y la equidad, los alumnos se desarrollen mejor y el fracaso escolar disminuya.

Hace dos años, el profesor Charles Glenn defendió la propuesta de conjugar libertad de educación e integración social⁵². La libertad de educación es un bien común precioso para la democracia, siempre que se enseñe a convivir con personas de distintas culturas o ideas opuestas. Formar sujetos aptos para convivir y construir en nuestra sociedad democrática y cada vez más multicultural es un reto ineludible.

No otra directriz estableció, de alguna forma, el artículo 27.2 CE -pieza clave en todo este asunto-. Pero ¿hay un único modo de satisfacer tal finalidad constitucional de la educación? De acuerdo con la CE, la LOE y la Convención de los Derechos del Niño, la enseñanza en centros oficiales es un modo privilegiado de garantizar la efectividad del derecho a la educación del niño⁵³. Por su parte, el *homeschooling*, hoy por hoy, es

términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora. Sin duda, esto no elimina un amplio margen de discrecionalidad, pero sí intenta eliminar la arbitrariedad. Primero, porque el derecho general supone una apelación a la racionalidad donde antes sólo existía el imperio de la autoridad o, más exactamente, porque con ella viene a completarse la legitimidad formal (democrática) de la ley con una exigencia de legitimidad material que es indispensable si es que las libertades y los derechos representan decisiones básicas de orden constitucional. Y, en segundo término y como corolario de lo anterior, porque la norma de clausura significa justamente que en las esferas que afectan a la posición del individuo las libertades no son excepciones circunstanciales en un mundo dominado por las decisiones del legislador, las cuales sólo deberían «rendir cuentas» cuando entran en conflicto con una libertad o derecho específico, pero sólo entonces; sino, al contrario, que los deberes jurídicos, los mandatos y las prohibiciones, representan limitaciones a la libertad, excepciones a la regla general de libertad y que, como tales excepciones, deben justificarse. En el fondo, *el derecho general de libertad es una consecuencia de concebir al Estado y a las instituciones como instrumentos o artificios al servicio del individuo, y me parece que ésta es la médula de la filosofía política que representa el fundamento de un modelo constitucional basado en los derechos*”. *Cursiva mía.*

⁵⁰ Cfr. L. Woessmann. European "education production functions": what makes a difference for student achievement in Europe? Brussels, European Commission, Directorate General for Economic and Financial Affairs, 2003; Id and P.E. Peterson (eds). *Schools and the equal opportunity problem*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2007.

⁵¹ Ch. Glenn. El mito de la escuela pública. Madrid, Encuentro, 2006, p. 270, considera que además de promover la libre elección de escuela por los padres, es importante que los colegios sean “escuelas con cohesión que desarrollen el carácter y las virtudes cívicas y que sean eficientes desde el punto de vista educativo”. Por ello, concluye en p. 274, “sólo será posible reconstruir un apoyo amplio a la enseñanza pública si se hace hincapié en... la ampliación de la libertad de elección de los padres y se trabaja con el máximo cuidado en el desarrollo de una diversidad educativa que ofrezca enfoques diferenciados para los objetivos comunes esenciales para nuestra sociedad”.

⁵² Cfr. Ch. Glenn. Are Educational Freedom and Social Integration Enemies? En *Educación, democracia y ciudadanía*, de VVAA, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 87-106.

⁵³ Como se sabe, la Constitución española no declara obligatoria la escolarización del menor. Según su art. 27.4, la enseñanza básica ha de ser obligatoria y gratuita, pero no prescribe que tal enseñanza básica se lleve a cabo necesariamente en escuelas oficiales. Pero el legislador ha querido dejarlo claro. Según el art. 3.3 de la LOE 2/2006 de 3 de mayo, la educación básica comprende la educación primaria y la secundaria; el art. 4.1 repite que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todas las personas y, en su párrafo segundo, establece que dicha enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y que se

ilegal en España y no todos los que educan a sus hijos en casa ven conveniente para sus propósitos su regulación⁵⁴. Pero para defender que la pluralidad de modos de educar puede beneficiar a la convivencia democrática, hay que hacerlo desde dentro del Ordenamiento jurídico (no al margen o sustrayéndonos al mismo) y aportando razones que puedan persuadir a la ciudadanía y al legislador de la oportunidad de reconocer este modelo educativo⁵⁵. No es deseable la inseguridad jurídica que provoca el que alrededor de 2/3000 familias eduquen a sus hijos en casa, en un país que ha excluido mediante Ley Orgánica tal posibilidad y cuyo Tribunal Constitucional ha declarado válida tal exclusión⁵⁶.

Ahora bien, reconocer la relevancia jurídica de un hecho implica calificarlo⁵⁷, ya sea para reconocerle eficacia jurídica sin más -lo cual parece arriesgado, advierte Madalen Goiria⁵⁸-, ya para entrar a regularlo, con mayor o menor flexibilidad, según el abanico

desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. Así constaba ya en el art. 9 de la LOCE 10/2002 de 23 de diciembre y en el art. 4 de la LODE 8/1985, de 3 de julio. En todo caso, la enseñanza en centros docentes oficiales es un modo privilegiado de garantizar la efectividad del derecho a la educación del niño. Por un lado, es acorde con el sistema mixto público-privado de protección de los menores: si bien los padres son los primeros encargados de asistir al menor, los poderes públicos colaboran por medio de políticas de bienestar dirigidas a lograr la plena efectividad de los derechos de los menores o mediante el control de la corrección de la actividad paterna (art. 39 CE). Por otro, varias razones aconsejan optar por la escolarización: en primer lugar, los poderes públicos deben garantizar el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes (art. 27.5) y además deben inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes (art. 27.8); en segundo lugar, el art. 27.2 dista mucho de reducir la educación a mera transmisión de conocimientos, al concebirla encaminada al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, y la escolarización es un medio que contribuye, de modo continuado y no meramente ocasional, a introducir al menor en la sociedad plural, poniéndole en contacto con las diferentes personas e ideas que la conforman; por último, de acuerdo con el art. 39.4 CE y el art. 28.1 e) de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el Estado deberá adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

⁵⁴ Cfr. C. Cabo. El homeschooling..., cit., parte III. Análisis Cualitativo, apartado 6.

⁵⁵ Razones que desvelen su juridicidad implícita. Como subrayara G. Zaccaria. L'analogia come ragionamento giuridico. In *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1989, 4, p. 1538, "asistimos a la emergencia ininterrumpida de situaciones particulares siempre nuevas... La experiencia jurídica... es un pulular de analogías y diferencias; la unidad del ordenamiento no se realiza sacrificando las diferencias, sino reconduciéndolas a la unidad de la disciplina normativa".

⁵⁶ Si el TC ha dejado la puerta abierta al reconocimiento legal del *homeschooling*, el Tribunal Supremo avaló en su día la legitimidad de esta opción educativa y muchos Fiscales y Defensores del Pueblo se han pronunciado de forma favorable, ¿qué disuade a los políticos de regular la educación en casa? A juicio de C. Cabo. El homeschooling en España, cit., parte IV, apartado 6, "la razón fundamental... se debe a que no reciben del colectivo *homeschooler* la presión necesaria. El motivo de esta falta de presión radica en la división existente dentro del grupo *homeschooler* respecto al modelo de relación que desean mantener con las instituciones legalmente constituidas: así, frente a una minoría favorable al reconocimiento y a la regulación, aparece una mayoría que se opone". Cfr., por ejemplo, el Informe anual del Defensor del Pueblo Andaluz, 2005, VII legislatura, 18/5/2005, pp. 40-48 y el pronunciamiento del Ministerio Fiscal en el Recurso de Apelación contra el Auto 312/2011, de 12 de septiembre, dictado en procedimiento de jurisdicción voluntaria número 663/2011 del juzgado de san Vicente de Raspeig (Alicante).

⁵⁷ Cfr. P. Piovani. Il significato del principio di effettività. Milano, 1953, p. 127.

⁵⁸ M. Goiria. La opción de educar en casa, cit., p. 397: "plantear en abstracto el mero reconocimiento es dar un cheque al blanco a la Administración para que una vez reconocido el derecho a la opción, plantee el tipo de regulación que le parezca más conveniente". De ahí que, en relación con las reivindicaciones de ALE, indique que "si lo que se pide es que se vuelva a los exámenes libres... de manera que se puedan obtener, sin penalización de edad, las certificaciones académicas oficiales, eso implica en sí una regulación normativa. Por ello, lo ideal sería plantear con claridad ante la Administración los intereses y preocupaciones de las familias que educan en casa, que fuera de toda duda actúan en interés de los

de posibilidades existentes. Habrá que discernir, a la luz del Derecho Comparado⁵⁹ y atendiendo a la realidad española, qué resulta más realista y razonable.

Conviene encontrar una fórmula que haga compatibles una amplia libertad de educación y la enseñanza básica obligatoria que debe garantizar el Estado⁶⁰: la escuela obligatoria pasaría el test de la adecuación a la Constitución, pero no el de la indispensabilidad, ni el de la proporcionalidad. No faltan propuestas reguladoras dignas de atención⁶¹.

Qué condiciones debería reunir una posible regulación española de la enseñanza en casa es una cuestión compleja, que no cabe abordar aquí. Me limito a hacer dos observaciones íntimamente relacionadas.

a) con respecto al objetivo que el art. 27.2 CE asigna a la educación, una cosa es la obediencia a la Constitución, exigible a todo ciudadano, y otra la adhesión a los valores que la inspiran y a la interpretación mayoritaria de los mismos, que no lo es⁶².

El sometimiento a un mismo modelo educativo, a la uniformidad de métodos y curricula podría suponer el riesgo de trivializar las creencias, los valores y las implicaciones de

menores a su cargo, de modo que sirvan de guía a la Administración a la hora de plantear la regulación, por muy mínima que sea, que acompañe al reconocimiento”, p. 398.

⁵⁹ Cfr. Ch. Glenn. *Contrasting Models of State and School*. New York, NY: Continuum, 2011. En www.HSLDA.org/laws se ofrece una panorámica completa de las diversas regulaciones, requisitos y tipos de evaluación por los que han optado muy diferentes países en el mundo, que cabe clasificar en cuatro grupos: los que prohíben el *homeschooling*, los que lo regulan con dureza y como un mal menor a tolerar, los que lo regulan con medidas moderadas y, por último, los que lo regulan benévolamente o respetan la opción de educar en casa sin someterla a regulación alguna. También, C. Cabo. *El homeschooling en España*, cit., en el apartado 6.1. de la parte I, se ocupa del marco legal de la educación en casa en el mundo, mostrando el grado diverso de libertad del que gozan los que optan por tal modalidad educativa, así como las muy diferentes medidas que cabe establecer para el reconocimiento, la supervisión y la evaluación del *homeschooling* por parte del Estado.

⁶⁰ Como sostiene A.M. Redondo. *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia, IDP-Tirant lo Blanch, 2003, p. 125. La opción por educar en casa es avalada en el art. 55.2 de la Ley 12/2009 de 10 de julio reguladora del sistema educativo de Cataluña, que también prevé en el art. 55.7, la creación de un registro en el que consten los datos de los *homeschoolers*.

⁶¹ M. Goiria. *La opción de educar en casa*, cit., pp. 369 ss aborda la exigencia de homologación que impone el art. 27.5 CE al sistema educativo. En pp. 400 ss expone las propuestas de la Coordinadora Catalana Educar en Familia y la Asociación para la Libre Educación, las de otras instancias -Defensores del pueblo y Ministerio Fiscal, entre otros- y las hechas por la doctrina.

⁶² Como es sabido, el art. 27.2 CE ordena que la educación se encamine al pleno desarrollo de la personalidad humana, desde el respeto a los principios democráticos y a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha reconocido expresa y reiteradamente que no puede imponerse una adhesión positiva al sistema constitucional en las Sentencias del TC48/2003, de 12 de marzo (FJ 7.º); 235/2007, de 7 de noviembre (FJ 4.º), y 12/2008, de 29 de enero (FJ 6.º), en los siguientes términos: “En nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de *democracia militante* [...], un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”. Cfr. J.J. Solozábal Echevarría. *La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación*. En *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, de VVAA, Madrid, CEPC, 2007, pp. 144-146. En su voto particular discrepante de la mayoría de la STS 11/2/2009, en el recurso n. 948/2008, Peces Morate cuestionó la existencia de “una ética o moral universal que derive como precipitado natural y lógico de las Declaraciones de derechos” y sostuvo que, a la hora de garantizar una convivencia ordenada y pacífica en sociedades plurales, “la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes, pero no para acomodar las conciencias a una determinada forma de pensar y sentir, por muy común que sea”.

pertenecer a una tradición⁶³. Algunas de las conclusiones de la tesis de Cabo dejan entrever el peligro que encierra cierta interpretación de los fines a que debe encaminarse toda educación por imperativo constitucional (art. 27.2 CE)⁶⁴. Firme partidario del reconocimiento y regulación del homeschooling por razones de seguridad jurídica, de controles -razonables- de la calidad de la instrucción recibida por los homeschoolers y de la adecuación de su nivel de socialización⁶⁵, termina exigiendo a las familias el compromiso decidido con un modelo de educación integral, crítica y autónoma, que evite a toda costa el adoctrinamiento. Los padres que educan en casa están en su derecho de ofrecer a sus hijos sus valores (los de la familia), pero deben limitarse a proponerlos como una opción más entre otras muchas posibles, respetando así el derecho a la libertad y a la autonomía a que la Constitución obliga⁶⁶.

Primero, la exigencia de neutralidad o de no adoctrinamiento, tal y como ha ido siendo configurada por la jurisprudencia de nuestro TC y del TEDH, con sus luces y sus sombras, va dirigida a la escuela pública. Segundo, consciente o inconscientemente, el autor parece tratar de imponer la visión mayoritaria, la más compartida o la más defendida por los psico-pedagogos y/o los políticos actuales, de la educación, a esa minoría de padres que optan por educar a sus hijos en casa, siguiendo un modelo distinto al prevalente y oficial en España. Tercero, mira con desconfianza a las familias que educan en casa e, ignorando la crítica que todo menor hace, antes o después, de lo recibido de sus padres, trata de garantizar el carácter crítico de la educación en casa, exigiendo que se adecúe a una cierta manera de entender tal espíritu crítico.

Resulta tentador, en la línea de Reich y Guttman, contraponer la educación escolar en la autonomía personal a la super-protección de los menores por parte de sus padres

⁶³ Es lo que P. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., p. 11, critica a Rob Reich. De un lado, si a los inmigrantes que solicitan su ciudadanía, no les exigimos una forma de pensar o la adhesión a valores clave como el de autonomía, sino ciertos compromisos y habilidades, ¿por qué exigirselo a los homeschoolers? De otro, la contribución de las escuelas públicas a educar jóvenes autónomos es más que cuestionable. El hedonismo y formas burdas de individualismo y utilitarismo dominan con frecuencia el ambiente, como pone de relieve J. Davison Hunter. *The Death of Character: Moral Education in an Age Without Good or Evil*. New-York: Basic Books, 2000. Tampoco es claro que los libros de texto ofrezcan una amplia gama de opciones vitales sobre la vida buena. Esta es la paradoja de la escuela hoy, como sostiene M. Borghesi. *El sujeto ausente. Entre el nihilismo y la memoria*. Madrid, Encuentro, 2006, pp. 56-57: “por un lado, la cultura que ella transmite, fundada en la idea de la abolición del yo, es solidaria con el nihilismo imperante, con la mercantilización integral de la vida. Por otro, se le pide reaccionar ante la degradación, forjar modelos positivos, responder a las emergencias sociales mediante cursos sobre droga, medio ambiente, educación sexual, vial, de la salud, etc. Se pide a la escuela una conciencia ética, humanista, en el momento mismo en que se convierte en lugar de sepultura de aquella tradición”.

⁶⁴ Que no es cuestión baladí lo muestra el Auto 401/12 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Girona, de 8 de junio de 2012, que considera al menor en situación de riesgo, ya que la finalidad de la educación prevista en el art. 27.2 CE “no se puede cumplir en este caso a través de la enseñanza domiciliaria, siguiendo los valores cooperativistas tradicionales”, imposibilidad que decreta a priori. Cfr. <http://www.slideshare.net/educacionsinescuela/la-opcion-de-educar-en-casa-tesis-corregida>, pp. 313 ss.

⁶⁵ C. Cabo. *El homeschooling en España*, cit., dedica el apartado 5 del análisis cualitativo (IV) a la socialización en la educación en casa, preocupación que surge de la sospecha de que fuera de la escuela el niño no adquiere la misma o la necesaria capacidad de relacionarse socialmente. Me interesa destacar dos de las conclusiones que saca: una, que la escuela, por mucho que se conciba o la conciban los pedagogos como medio de socialización y emancipación, está muy lejos de educar para libertad y la autonomía que proclama; y dos, que muchos padres no llevan a sus hijos al colegio para no romper el vínculo de apego que han creado, convencidos de que la escolarización temprana es perjudicial. Ambas exigen investigación, debate y reflexión.

⁶⁶ Cfr. C. Cabo. *El homeschooling en España*, cit., parte IV, apartado 6: conclusiones y punto de vista personal. En una línea parecida, cfr. A.M. Redondo. *Defensa de la Constitución...*, cit. p. 165.

homeschoolers, pero ¿responde a la realidad? No debemos menospreciar la noción de autonomía, ni su nobleza como objetivo educativo, pero sí cabe cuestionar su aptitud para guiar una regulación estatal, dada la dificultad, si no imposibilidad de medir aquella con precisión⁶⁷.

b) en cuanto al seguimiento de los *homeschoolers*, en conexión con lo dicho sobre la finalidad constitucional de la educación, habría que articular mecanismos de evaluación de sus conocimientos y habilidades básicas, así como de su nivel de socialización, que garanticen su preparación para acceder en igualdad de condiciones a puestos profesionales en el futuro y la obtención de títulos homologados correspondientes a su nivel real de formación. Ello exigiría, claro está, un registro de los *homeschoolers*⁶⁸.

A mi juicio, se deben evaluar las competencias básicas -como lectura, escritura y matemáticas-, no la mayor o menor correspondencia de la educación recibida con ciertos valores, por decisivos que sean éstos en la formación de una persona (como lo es, sin duda, la autonomía personal)⁶⁹. Y ello por dos razones: por el mucho más amplio acuerdo que existe en torno a las primeras y por la dificultad, si no imposibilidad, de medir con rigor la segunda, como sus mismos defensores admiten, aunque no renuncien a erigirla en criterio clave de sus propuestas político legislativas⁷⁰. A la hora de regular jurídicamente un fenómeno, la objetividad y la precisión son esenciales para evitar la manipulación ideológica. Si no está claro qué implica educar para la autonomía y es un objetivo no medible, ¿cómo saber el currículum y los métodos que todos deben usar para lograrla? ¿por qué renunciar a la pluralidad de vías para educar sujetos autónomos?

Los conflictos relativos al *homeschooling* no demandan respuestas uniformes y fijas, ni a favor, ni en contra de este modelo educativo⁷¹. Como advirtió Bertrand Russell, “es difícil argumentar sobre la cuestión casa *versus* escuela en abstracto”⁷². No hay mejor guía para una regulación prudente que la atención a la realidad que se desea ordenar: conocer, escuchar y contar con el rico y heterogéneo colectivo *homeschooler* debería ser la primera exigencia a respetar por el legislador⁷³.

⁶⁷ Cfr. en este sentido P. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., pp. 9-10.

⁶⁸ Medidas ambas que *Ibid*, p. 15, considera restrictivas de la libertad de educación y necesitadas de justificación. Según él, el principio de presunción de inocencia y el hecho de que los *homeschoolers* no reciben financiación estatal hacen que la carga de la prueba recaiga en el Estado, que podrá intervenir sólo cuando tenga pruebas de que los padres no proporcionan las competencias básicas a los niños, incurriendo en negligencia o abuso.

⁶⁹ Cfr. P.L. Glanzer. *Rethinking the Boundaries...*, cit., pp. 14-15.

⁷⁰ Cfr. R. Reich. *Bridging Liberalism and Multiculturalism in American Education*, cit., p. 161, pp. 169-171. Este autor hace cuatro propuestas al legislador: un registro de *homeschoolers*, los padres deben probar que educan de acuerdo con los intereses del Estado y del niño, garantizar que sus hijos se verán expuestos al influjo de creencias y valores distintos a los suyos y evaluación anual del progreso académico.

⁷¹ Cfr., en este sentido, A. Rodríguez Guitián. Daños causados a los hijos por incumplimiento del deber de educar. En J.R. de Verda y Baamonde (coord). *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. Madrid, Thomson-Aranzadi, 2012, pp. 419-434, quien en pp. 363 ss hace consideraciones muy sensatas sobre la excepcionalidad de la privación de la patria potestad como medida a tomar en los casos más graves de abuso o exceso en el ejercicio del deber de educar por parte de los padres (a la hora de castigar o corregir a los hijos), la cual excluye, con mayor razón, en los supuestos de dejación o abandono del cumplimiento del deber de educar (no escolarización y absentismo), salvo que concurren otras circunstancias agravantes.

⁷² B. Russell. *Education and the Social Order*. London: Unwin Books edition, 1967, p. 41.

⁷³ M. GOIRIA. La opción de educar en casa, cit., pp. 435 ss reclama “el establecimiento de relaciones de confianza y mecanismos de comunicación estables entre el colectivo y el Estado”, lo cual “favorecería

En cualquier caso, si la clave de una política educativa abierta y apta para la sociedad compleja y plural en la que vivimos reside, como muestran los 4 magníficos volúmenes editados por Charles Glenn y Jean de Groof, en saber armonizar con prudencia libertad educativa, autonomía de los centros y responsabilidad con los estándares comunes⁷⁴, hay razones para abrirse al *homeschooling* como una experiencia enriquecedora y flexibilizadora de nuestro modelo educativo⁷⁵.

Parece, sin embargo, que frente al principio de intervención mínima del Derecho y de subsidiariedad del Estado, tiende a prevalecer una suerte de alianza entre ciertas corrientes psicopedagógicas y una concepción estatalista de la democracia en menoscabo de la libertad individual y social. No podemos perder de vista el peligro que suponen los monopolios, sea el del espacio público⁷⁶, el de la racionalidad (por parte de la ciencia) o el de la educación (ya por parte de las familias, del Estado⁷⁷ o de los psicopedagogos). Subrayemos una vez más que la legitimidad del Estado democrático actual “no se encuentra en la regla de la mayoría, sino en la libertad de todos”⁷⁸. Los juristas prestan un gran servicio a la sociedad cuando le recuerdan algo que la nuestra no parece particularmente dispuesta a aceptar: que las grandes cuestiones no se resuelven sólo ni principalmente por la vía jurídico-política.

Un reto no menor es combinar equilibradamente el principio de la mayoría con el de respeto a las minorías. Unas veces se pretende ofrecer a los alumnos una educación cristiana, como en Noruega, país de mayoría evangelista⁷⁹, otras se quiere dar cultura religiosa y moral desde el enfoque de la teología suní de la mayoría musulmana en Turquía⁸⁰, a veces se intenta inculcar los valores éticos comunes que componen la moral subyacente a los derechos fundamentales como en la EpC española⁸¹ y otras se intenta integrar a las minorías por medio de la escuela obligatoria como lugar idóneo para ello, como hemos visto en la jurisprudencia sobre *homeschooling*. Siempre estamos ante una

ámbitos de colaboración”, p. 445. Tal parece el espíritu del Anteproyecto de la LOMCE, en su Exposición de Motivos, II: “Son necesarios canales y hábitos que nos permitan restaurar el equilibrio y la fortaleza de la relación alumno, familia y escuela. Los padres son los primeros responsables de la educación de sus hijos. El sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones”.

⁷⁴ Cfr. Ch. Glenn, J. Groof. *Balancing Freedom, Autonomy and Accountability in Education*. 4 vols, Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2012.

⁷⁵ En las conclusiones de su tesis, M. Goiria. *La opción de educar en casa*, cit., pp. 435 ss, además de defender, *lege ferenda*, una libertad de enseñanza que se oponga a la vocación monopolística del Estado, p. 436, y a su aspiración intervencionista, p. 437, afirma que “una interpretación de la escolaridad del modo más flexible y abierto puede ser la piedra angular de una nueva concepción del propio sistema educativo”, p. 445.

⁷⁶ Como recordó J. Weiler, *El Discurso del Papa en el Bundestag versus Rawls y Habermas*. Conferencia dada el 22 de Octubre de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

⁷⁷ M. Goiria. *La opción de educar en casa*, cit., p. 394 apunta que, “a pesar de que la educación sea considerada como uno de los pilares de la sociedad del bienestar, y corresponderle por ello al Estado y a las administraciones públicas un activo papel en cuanto a su defensa y realización práctica, no por ello ha de monopolizar la consecución de sus fines y el modo en que éstos hayan de llevarse a cabo en la práctica, y sobre todo, ese debate *no debe serle sustraído a la sociedad civil*. El Estado y las administraciones públicas deben establecer un diálogo permanente con la sociedad civil para la concreción del contenido del derecho a la educación en cada momento, para que sea capaz de responder a las necesidades sociales de cada momento, sin aferrarse a los moldes del pasado”.

⁷⁸ A. Fernández-Miranda. *Educación para la ciudadanía...*, cit., p. 150.

⁷⁹ STEDH 2007/53 de 29 de junio de 2007, en el caso Folgero y otros c. Noruega.

⁸⁰ STEDH 2007/63 de 9 de octubre de 2007, en el caso Hassan y Eylem Zengin c. Turquía.

⁸¹ Cfr. STS de 11 de Febrero 2009 sobre la asignatura “Educación para la ciudadanía”, F.J. 6º.

mayoría que desea proporcionar una enseñanza con finalidad integradora a través del sistema educativo y con carácter obligatorio.

En el debate sobre el homeschooling, como en las polémicas sobre educación para la ciudadanía y educación afectivo sexual, nos encontramos siempre ante la aporía de un Estado neutral y educador, como advirtiera en 1991 Ignacio Sotelo⁸².

En este sentido, la fijación de criterios objetivos claros para aplicar el concepto de neutralidad a la enseñanza pública y la articulación de un sistema sensato de exenciones⁸³, de un lado, y, de otro, el reconocimiento de la educación en casa como alternativa válida -siempre dentro unos límites-, pueden actualizar nuestro modelo educativo. Este tipo de garantías de la libertad permitirán discernir si el ‘interés superior del niño’ se reduce a mero expediente del Estado para convertirse en instancia educadora privilegiada o si implica una tensión real, en colaboración con los padres y la sociedad en general⁸⁴, por promover un entorno favorable para el desarrollo de la personalidad del menor⁸⁵.

⁸² I. Sotelo. El Estado y la educación. En *El País* 11-7-1991. Por un lado, “el Estado moderno afirma su neutralidad ante las distintas cosmovisiones; identificarse... con una determinada religión o ideología pone en cuestión el pluralismo de la sociedad civil... Por otro, asume como una parte esencial de su responsabilidad financiar, organizar e impulsar la educación..., diseñando las líneas maestras del sistema educativo”. “La aporía fundamental que pesa sobre la educación en nuestro tiempo consiste en que... precisa de un paradigma ideal de ser humano que se propone realizar, y justamente lo que caracteriza a nuestras sociedades contemporáneas es la multiplicidad de modelos y de ideales no compatibles entre sí... El que desde el despotismo ilustrado el Estado aspire a controlar el proceso educativo hasta convertirlo de hecho en un monopolio, choca directamente con el pluralismo que caracteriza a la sociedad civil”. “No se puede educar para la tolerancia como único fin; hay que educar para fines que se definan positivamente, eso sí... compatibles con la tolerancia. Al fin y al cabo, se es realmente tolerante, no desde el vacío moral e ideológico, sino sólo desde la fortaleza que proporciona una verdadera identidad”.

⁸³ Desde distintas perspectivas y disciplinas, han insistido en ello P. Rodríguez-Patrón. Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 15, 2011, pp. 172-183, que parte de dos conocidos casos de la Supreme Court norteamericana, para comentar luego la jurisprudencia del TEDH; L. Prieto Sanchís. Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia. En *Persona y Derecho*, vol. 60, 2009, pp. 235-240, que no sólo considera que una asignatura obligatoria y con propósitos expresamente adoctrinadores en una presunta “ética común” puede resultar lesiva del principio de neutralidad, sino que, en caso de que se negara, habría buenas razones para defender la objeción de conciencia; J. Martínez Torrón. Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos humanos. En *Derecho de familia...*, cit., pp. 161-162 observa la oscilación del TEDH entre la afirmación decidida del derecho de los individuos y de las confesiones religiosas a difundir y manifestar libremente sus creencias y una interpretación restrictiva de los derechos de la libertad de conciencia cuando los preceptos morales del individuo entran en conflicto con obligaciones impuestas por leyes “neutrales” (que persiguen una finalidad secular legítima, pero que indirectamente limitan la libertad religiosa de ciertas personas, a menudo pertenecientes a confesiones minoritarias). Sobre la protección de la libertad religiosa como interés público primordial, insiste Id, The European Court of Human Rights and Religion. En *Law and religion*, de VVAA, Oxford University Press, 2001, pp. 201-202.

⁸⁴ Para D.B. Thronson. Kids Will Be Kids?, cit., p. 989, “los padres, las familias y la comunidad son fideicomisarios encargados de asistir a los niños desde la afirmación de sus derechos. Actúan en favor del niño, no de sí mismos o de la comunidad”.

⁸⁵ Según B.B. Woodhouse. Reframing the Debate..., cit., p. 149, la socialización de los niños tiene lugar hoy primariamente a través del bombardeo continuo de los medios de comunicación, que compromete la verdadera autonomía de los padres. Comparando esta crisis cultural con la del medio ambiente que alarmó hace algunas décadas y aprovechando las enseñanzas del ecologismo, propone un paradigma en el que “el gobierno debería trabajar de acuerdo con los padres para tratar... estos daños al medioambiente de los niños”.

Como señaló el gran filósofo del Derecho Giuseppe Capograssi, la grandeza del Estado moderno reside precisamente en su carácter intrínsecamente plural⁸⁶. Es la ausencia de identidades claras lo que homologa y uniformiza la sociedad: el pluralismo no se ve dañado, sino reforzado y enriquecido por la libre competencia entre distintos modos de educar, por la pluralidad de sujetos educadores y propuestas. Ahora que se va a tramitar una nueva Ley de Educación, el fenómeno del *homeschooling*, aunque minoritario, nos obliga a preguntarnos -a los profesores, pero sobre todo a los padres- cómo estamos educando y a sostener un diálogo constructivo entre experiencias que mejore la calidad de la educación de todos, sin contraponer artificialmente lo público a lo privado⁸⁷.

El desarrollo de la libertad, la estima por la pluralidad y la capacidad de integración entre distintos es una obra educativa que supera, con mucho, las posibilidades de la escuela. Tampoco los padres se bastan a sí mismos en su tarea. Los *mass media* y las redes sociales, la era tecnológica y la sociedad de consumo son un enorme desafío⁸⁸ para todo educador, al cual sólo se puede responder con creatividad y coraje. Actitudes éstas que brotan de una educación narrativa⁸⁹, de esa cultura de los bellos relatos que, como escribió Martín Garzo a propósito de la primera película de Sofía Coppola, basada en la novela *Las vírgenes suicidas* de Jeffrey Eugenides, “es algo tan simple como preguntarse qué oculta el corazón de una niña de 13 años”⁹⁰. Nos alimentamos de la realidad, que constituye nuestro más íntimo sustento⁹¹, pero a ello contribuye la transmisión de experiencias que merecen ser contadas porque arrojan luz sobre la propia existencia, tornándola significativa, y tienen el maravilloso poder de mover la libertad.

⁸⁶ En efecto, para G. Capograssi. Considerazioni sullo Stato. In Id. *Opere III*, cit., p. 362, gracias a los dispositivos constitucionales encaminados a regular y garantizar la estructura dialéctica de la política, el Estado resiste contra las fuerzas salvajes individuales y colectivas y se convierte en obra de la razón: “En esto reside la profunda intuición de las constituciones modernas, basadas en la libertad política y la pluralidad de partidos; casi como para garantizar la multiplicidad integral y la variedad contrastante en que se rompe por su misma naturaleza la actividad política”.

⁸⁷ M. G. de Rivera Hurtado. Homeschooling: la responsabilidad de educar en familia. En *Educación y Futuro: Revista de investigación aplicada y experiencias educativas*, 2009 ABR (20), pp. 273-284, destaca el reclamo a la responsabilidad de la familia que supone la educación en casa.

⁸⁸ Cfr. B. Woodhouse. Reframing the Debate about the Socialization of Children, cit., pp. 83-87, 87-110 y 111-117. Sobre el papel del Derecho, señala que se “puede tener una percepción mucho más modesta de las leyes y políticas del gobierno ‘como una herramienta para adaptarse a las circunstancias cambiantes’, más que para forzar un cambio como ‘progresista’ o castigar un cambio como ‘perverso’... En vez de hablar de derechos individuales, autonomía, moralidad y responsabilidad personal, cuando discutimos las intervenciones del Estado en la cultura de la infancia, podríamos hablar en el lenguaje orgánico y colectivo de los sistemas ecológicos, centrándonos en preservar las ‘energías renovables’, en el fomento del ‘desarrollo sostenible’ y en conservar o restaurar el ‘equilibrio ecológico’”, pp. 118-119.

⁸⁹ Ch. Glenn. Fanatical Secularism, cit., la reclama frente al rol emancipatorio de toda tradición, religión y autoridad, que la pedagogía de moda atribuye a la educación. La emancipación está entre los elementos de una buena educación y puede ayudar a preparar el camino para el ejercicio de la libertad, pero no hace por sí misma libre a un hombre o una mujer. La educación que sostiene la libertad individual y una sociedad libre es la introducción en una cultura como contexto de significados y limitaciones que hacen posible el ejercicio de una libertad real. Por eso las reformas estructurales que sostienen la diversidad y la libre elección no son suficientes; deben ir acompañadas por la voluntad de afrontar la mucho más difícil cuestión de los objetivos, los significados y el contenido de una buena educación. Sólo la recuperación de las cosas permanentes, de los más altos logros de la humanidad puede servir de base para una educación que valga la pena.

⁹⁰ G. Martín Garzo, *Las vírgenes suicidas*. En *El País* 19-2-2012.

⁹¹ M. Zambrano. *Hacia un saber sobre el alma*. Madrid, Alianza, 2000, p. 104.