

EDUCACIÓN OBLIGATORIA Y ESCOLARIZACIÓN VOLUNTARIA (A propósito, también, de una Sentencia del Tribunal Constitucional)

Por Teófilo González Vila

0. Introducción.

0.1. El mismo título de este largo escrito puede considerarse como formulación de la tesis general que en él se sostiene, tesis que, así enunciada, quizá resulte extraña a algunos lectores. Esperamos que llegue a ser plenamente entendida y aceptada.

La piedra de toque del rigor teórico y de la honradez con que alguien se confiesa demócrata y por tal exige ser tenido está en el papel que asigne al Estado en lo que atañe a la Educación. Por muy elocuentes que sean sus proclamas democráticas, habremos de tener por peligroso antidemócrata a quien pretenda investir al Estado como originario educador supremo de ciudadanía. El Estado-Maestro es un estado totalitario y totalitario es quien lo propugne o sostenga o aun simplemente acepte de buen grado. No es democrático el sistema sociopolítico en el que no se reconoce el derecho preferente de los padres a decidir el tipo de educación que han de recibir sus hijos.

Y para determinar si alguien de verdad conoce, reconoce y defiende, en todo su alcance, o no, ese derecho preferente de los padres ningún procedimiento más seguro que el de comprobar si defienden o no el derecho de los padres a proporcionar a sus hijos la educación básica sistemática íntegramente en familia” o “en casa”, sin escolarizarlos (*homeschooling*)¹. No podemos, por eso, dejar de tener en cuenta, a lo largo de las siguientes consideraciones, la sentencia mediante la cual el Tribunal Constitucional (*en adelante, muchas veces, TC*) no hace mucho denegaba el amparo a unos padres que invocaban su derecho a educar a sus hijos “en casa”, sin escolarizarlos².

El estudio de la “doctrina” de esa Sentencia resulta especialmente necesario también en cuanto alguien pretendiera encontrar en ella fundamento para posibles futuras restricciones legales de la libertad de enseñanza, como las ya proyectadas contra *la educación diferenciada*³.

¹ Para referirnos a esa opción educativa vamos a emplear de ordinario en este escrito, por razones de economía verbal y dado su ya generalizado uso, el término *homeschooling* (cuyos equivalentes en español, que también emplearemos en ocasiones, pueden resultar más complejos). Feminizamos, mediante el artículo “la”, ese término y decimos *la homeschooling*, aunque podría decirse, y algunos lo hacen, “el homeschooling”. Por otra parte, aunque resulta obvio en el presente escrito, advertimos desde el primer momento que argumentamos *contra la imposición* de la escolarización y *contra la prohibición* de la *homeschooling*, sin entrar a examinar ventajas y/o inconvenientes de cada una de esos dos modos de organizar y llevar a cabo sistemáticamente un proceso educativo, ni las razones por las que pueden ser, aquí y en el futuro, cada de esas modalidades educativas objeto de la preferencia de los padres.

² Se trata de la STC 133/2010, de 2 de diciembre de 2010 (BOE de 05.01.2011), dictada en el recurso de amparo 7509-2005 interpuesto contra Sentencia núm. 548/2005, de 6 de junio de 2005, dictada por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Málaga (rollo núm. 770/2003), que confirma en apelación la Sentencia núm. 36/2003, de 5 de mayo de 2003, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, por la que se ordenaba precisamente la escolarización durante la enseñanza básica, de los hijos menores de los demandantes, a los que se impartía esa enseñanza en su propio domicilio. En sus alegaciones, los ahora recurrentes invocarán como jurisprudencia favorable a sus pretensiones de educar a sus hijos en casa la STC 5/1981, de 13 de febrero, y la Sentencia núm. 1669/1994 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1994, pues, a su parecer, ambas no excluyen los modelos de enseñanza que se desarrollen en el núcleo familiar” (STC 133/2010, Antecedentes, 2). *Análisis Digital* ofreció en su momento análisis y comentarios críticos sobre dicha STC. Las consideraciones que se exponen a continuación sobre el alcance de los derechos y deberes crítica sería de la referida STC 133/2010 en cuanto ésta parece no tener en cuenta exigencias conceptuales fundamentales.

³ *Proyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación* cuya remisión a las Cortes Generales aprobó el Consejo de Ministros el viernes 27.05.2011.1

0.2. Ante la libertad educativa proclamada por nuestra Constitución...

La Constitución española reconoce “el derecho a la educación” y “la libertad de enseñanza”⁴. Y fija el concepto de educación, al establecer que ésta “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”. Con estos términos, tomados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948), nos ofrece una clara definición teleológica de la educación democrática a la vez que exige que sea tal la que se imparta en España. De acuerdo asimismo con la citada Declaración Universal, reconoce nuestra Constitución “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” y hace recaer sobre los poderes públicos la exigencia de que “garanticen” el ejercicio de tal derecho⁵.

0.3. Algunos no ocultan su desazón, reticencia y aun abierto rechazo...

Desde los primeros momentos, tras la entrada en vigor de la actual Constitución española (1978), algunos dejaron ya traslucir la incomodidad que les producía el abierto reconocimiento que ésta hace de la libertad de enseñanza y del derecho educativo de los padres. Aunque resultaban indisimulables sus agrias reticencias al respecto, no se oponían entonces abiertamente a tal libertad y a tal derecho, puesto que hacerlo les hubiera impedido revestirse con la prestigiosa imagen de demócrata que todos en aquellos años primeros querían exhibir. Pronto, sin embargo, en todo caso, sobre el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución empezó a fraguarse una interpretación según la cual a los poderes públicos se les asignaba un preponderante papel propiamente educativo al que, en último término, estaría subordinado cualquier otro. Según la lectura que del artículo 27.2 CE hacen desde entonces algunos teóricos, vinculados a posiciones “social-estadistas”, el citado precepto constitucional contiene un mandato dirigido a los poderes públicos, para cumplir el cual ha de entenderse que a la vez les reconoce implícitamente, a esos poderes, un derecho educativo, anterior y superior al de los ciudadanos y, en concreto, al de los padres. En esa lectura del texto constitucional los poderes públicos resultarían ser los primeros y universales educadores de la ciudadanía, con lo cual, en último término, estaríamos ante un Estado-Maestro de imposible conciliación con las exigencias más elementales de una constitución democrática (Más abajo se examina y rechaza esa interpretación estatista del art. 27.2 CE).

En estos momentos hay quienes parecen haber perdido ya todo pudor democrático y han pasado a negar sin rebozo alguno el derecho preferente de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos, pues, en todo caso, sostienen, el ejercicio de ese derecho estará condicionado por el superior derecho de los poderes públicos a determinar la educación que han de recibir todos los ciudadanos. Otros, menos tajantes, más condescendientes..., dirán que la educación es tarea *compartida* de modo **inmediato** entre el Estado y los padres. Y establecen un donoso reparto de atribuciones en el cual a los padres les incumbe educar en la moral *privada* y a los poderes públicos les corresponde hacerlo en la moral *pública* y de tal modo que, en caso de conflicto, prevalecerá ésta sobre la primera, de acuerdo con una ligera división de ámbitos, necesitada, en el mejor de los casos, de una seria discusión y que no

⁴ CE artículo 27.1. V. *Declaración Universal de los Derechos Humanos art. 26 1; Carta europea de los Derechos Fundamentales, art. 14.1.*

⁵ V. también, respectivamente, apartados 2 y 3 del artículo 27 de la CE, así como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, art. 13.1*, por una parte, y, por otra, el *13.3 del dicho Pacto*, e igualmente el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Protocolo Adicional, art. 2 y la Carta europea de los Derechos Fundamentales, art. 14.3.*

puede imponerse, según parecen dar por supuesto ingenuamente algunos, como si constituyera una evidencia universal. En todo caso, el tratamiento de este tipo de cuestiones centrales exige empezar por establecer algunas nociones y formular algunas fundamentales precisiones.

1. Enseñanza y educación en la Constitución: precisiones léxico-nocionales básicas.

Con expresiones ya consagradas por el uso, tanto en el lenguaje ordinario como en el técnico-jurídico, la Constitución proclama el *derecho* de todos a la *educación* y en el mismo precepto reconoce la libertad de *enseñanza* (CE 27.1). Ahora bien, no cabe entender en modo alguno que, en este contexto, educación y enseñanza sean realidades distintas. En ese precepto constitucional a *enseñanza* no le corresponde exclusivamente un sentido más restringido que el de *educación*. Ciertamente la *libertad de enseñanza* en su sentido más amplio es la que a toda persona ha de reconocérsele para enseñar a otros, mediante los diversos procedimientos adecuados en cada caso, cualquier tipo de realidad. Y dentro de la enseñanza entendida en ese amplísimo sentido se incluye obviamente la enseñanza regulada en el sistema educativo.

En el contexto del art. 27 de nuestra Constitución, *enseñanza* ha de entenderse no como mera instrucción, mera transmisión de conocimientos, saberes y habilidades técnicas sino en el sentido en que con ese término (*enseñanza*) nos referimos *también* a elementos, contenidos, aspectos, objetivos *específicamente educativos*. No parece necesario insistir en que “*enseñar*” y “*enseñanza*” son términos que, de acuerdo con acepciones que les son propias y de uso no infrecuente, se refieren no sólo a *conocimientos*, sino a *comportamientos, hábitos de vida...* En efecto, no sólo *se enseñan* conocimientos, sino que es también *enseñanza* la de unas *pautas de conducta*, pues también *se enseña* a *comportarse*, a *vivir*, a *convivir*, a *vivir juntos*, a *ser...* Y así lo entienden las leyes educativas cuando expresamente asignan a la *enseñanza* objetivos no sólo cognitivos, conceptuales, sino formativos, actitudinales, axiológicos...”⁶.

La preferencia por la expresión “libertad de *enseñanza*” se explica en cuanto su uso se encuentra generalizado, pero, precisamente, en el sentido *técnico* en que con ella se entiende también de modo pleno, libertad de *educación*, libertad educativa. No sería, pues, correcto, sistemática y contextualmente, entender que “enseñanza” y “educación”, en el art. 27 de nuestra Constitución son realidades contrapuestas ni aun separables de manera que la libertad de enseñanza no hubiera de ser entendida como libertad de educación y el derecho de educación pudiera entenderse al margen de la libertad educativa. El derecho a la educación no es el derecho a un pupitre, a un puesto escolar, a unos medios materiales con que recibir y/o procurarse *instrucción*, sino derecho a una determinado tipo de *educación* integral, acorde con la opción que tengo derecho a adoptar en uso de mi libertad de enseñanza/ de educación⁷.

⁶ Foro Calidad y Libertad de la Enseñanza, *Educación, libertad y calidad*, Madrid, octubre de 2002, p.10. Sobre la relación entre la dimensión *instructiva* y la *formativa* de la *educación*, cf. González Vila, T., “Educación: cuestiones tópicas”, en *Debate Actual. Revista de religión y vida pública*, n.3 /mayo 07, pp.40-67

⁷ Es preciso tener en cuenta que el derecho a la educación no es el derecho a la mera escolarización material, el derecho a un pupitre en cualquier centro, sino el derecho a un tipo de educación. Por eso, no puede establecerse una jerarquía ni una secuencia de ejercicio entre derecho a la escolarización (entendida como mera ocupación de un puesto escolar) y derecho a un tipo de educación. Hemos de decir, contra lo supuesto en el reiterado simplista discurso de algunos, que la mera escolarización material no satisface el derecho a la educación. No hay, por tanto, contraposición entre derecho a la educación y derecho a la elección de un tipo de educación. No hay educación neutra, no hay educación que no responda a unas últimas convicciones, a una concepción antropológica determinada, aunque lo ignoren incluso quienes están implicados en el proceso educativo. Por eso, es inadmisiblemente, democráticamente repugnante, que desde el Poder se pretenda imponer a quienes tienen *menos* medios, o no cuentan con ninguno, el particular tipo de educación de *los que mandan*, a cambio de proporcionarles el pupitre... No hay unos que tienen derecho al tipo de educación y otros que solo tengan derecho a un pupitre. Todos tienen

Con esta interpretación, que establece la identidad conceptual de *enseñanza* y *educación* en el apartado primero del art. 27 CE, se corresponde el hecho de que en el apartado cuarto de ese mismo precepto se establezca como “obligatoria y gratuita” la “*enseñanza básica*” (Art. 27.4 CE). Y a nadie se le ocurriría sostener que la “enseñanza básica” a la que en ese caso se refiere la Constitución ha de reducirse a *mera enseñanza*, en el sentido en que cupiera contraponerla a educación o expresara sólo una de las dimensiones de ésta, entendida como mera instrucción o transmisión de conocimientos⁸. La correcta equivalencia entre esos términos (*enseñanza* y *educación*), a los efectos de estas consideraciones, se hace asimismo manifiesta en otros textos fundamentales como el mismo artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece la obligatoriedad de la “*instrucción elemental*” y reconoce a los padres el “derecho preferente” a “a escoger el tipo de *educación* que habrá de darse a sus hijos”⁹.

2. El derecho preferente de los padres a decidir el tipo de educación que han de recibir sus hijos...

2.1. Diversos modos legítimos de ejercerlo.

Los padres tienen derecho preferente a *escoger el tipo de educación* que ha de darse a sus hijos, según expresamente reconocen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como otros tratados internacionales¹⁰.

Podemos entender y decir que ese derecho lo es a *decidir* el tipo de educación que quieren para sus hijos. Como en español se ha generalizado el uso del verbo *escoger* o el de *elegir* para enunciar el derecho a optar por un centro educativo, consideramos preferible emplear el término *decidir*, más genérico, a la vez que más enérgico, para referirnos al preferente derecho que podemos llamar *derecho-educativo-base* de los padres en relación con *el tipo de educación* que ha de darse a sus hijos¹¹. Y a partir de ahí podemos considerar asimismo objeto de *derechos educativos* los diversos modos como pueden los padres ejercer

derecho a un tipo de educación...

⁸ Cf. González Vila, T. “Libertad de enseñanza y financiación”, en *Educadores. Revista de Renovación Pedagógica*, n. 213-214, enero-junio 2005, pp.9-80

⁹ Esa equivalencia resultará especialmente clara si se tienen en cuenta los términos empleados en otras lenguas (v. en particular el texto inglés, francés e italiano del citado artículo 26.1 de la DUDDHH-1948).

¹⁰ Cf. supra, v.c., nota 5. Recuérdese que, según dispone el apartado 2 del artículo 1º de nuestra Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”. A lo largo de este escrito insistimos en la condición de *preferente* que corresponde y ha de reconocerse en todo caso a los derechos educativos de los padres frente a los derechos educativos de que puedan considerarse titulares otros sujetos. El art. 26.3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (ONU-1948) reconoce a “los padres” ese “derecho preferente a *escoger el tipo de educación* que habrá de darse a sus hijos” (En este caso se trata --advirtiéndose-- de *escoger el tipo de educación* entre los muy diversos posibles, no de escoger el tipo de *centro* y, menos aún, el centro concreto que se prefiere entre los existentes). Tampoco dejan lugar a duda alguna sobre el carácter preferente de ese derecho educativo de los padres los términos que utilizan otras lenguas en ese *apartado 3 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Así por ejemplo: “Parents have a *prior right to choose the kind of education* that shall be given to their children”, “Les parents ont, *par priorité, le droit de choisir le genre d'éducation* à donner à leurs enfants”, “I genitori hanno *diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione* da impartire ai loro figli”, “Die Eltern haben ein *vorrangiges Recht, die Art der Bildung zu wählen, die ihren Kindern zuteil werden soll*”...

¹¹ De acuerdo con esto, por nuestra parte, será este término --*decidir*-- el que utilizemos de ordinario, a lo largo de todo el presente escrito, para referirnos al derecho que a los padres corresponde en relación con el tipo de educación que han de recibir sus hijos.

ese *derecho-educativo-base*, *derecho-educativo-raíz* o *derecho-educativo-fuente* a *decidir* el tipo de educación para sus hijos¹².

2.1.1. El derecho a elegir centro educativo. Un modo, el más usual, de ejercer ese *derecho-raíz* a *decidir* el tipo de educación para los propios hijos es *elegir* o *escoger* un centro educativo en cuanto éste ofrece el tipo de educación que para éstos se quiere o considera adecuado. Por eso, se reconoce expresamente a los padres (y, en su caso, a los tutores legales) la libertad de *escoger* para sus hijos (o pupilos) “*escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas*”¹³. Lo cual supone, a la inversa, el derecho a optar justamente por una escuela pública y, a este respecto, es preciso advertir que ese derecho lo es también a elegir una concreta escuela de entre las llamadas públicas, cada una de las cuales, sin perjuicio de su común condición de tales (“públicas”), puede presentar características particulares que la hagan, para uno padres, preferible a otras¹⁴. Ese derecho de elección de centro educativo lo es no sólo para escoger un colegio público o uno privado sino para escoger uno determinado entre los públicos o entre los privados. Obviamente, el ejercicio de ese derecho, aunque ninguna norma lo restrinja, se verá inevitablemente condicionado por la fuerza de limitaciones físicas insalvables y podrá o aun deberá, por eso, ser regulado de acuerdo con criterios objetivos que establezca un orden de prelación en el acceso a un centro que no puede acoger a todos los que por él optan. Pero si condicionamientos de este tipo pueden ser insalvables en el caso de un centro concreto, no tendrían por qué darse en relación con el conjunto de centros de uno u otro sector (público o de iniciativa social) de manera que todos los padres pudieran contar con un centro de un *tipo* u otro, aunque no pudieran acceder al concreto centro que consideran ideal dentro de los del tipo que prefieren.

Es, pues, del derecho de los padres a escoger y, en la terminología que proponemos, a *decidir el tipo de educación* para sus hijos de donde deriva el derecho a *escoger* o *elegir centro* educativo¹⁵. Por eso no es acertado referirse al derecho educativo de los padres de manera casi exclusiva o preferente como a *derecho de elección de centro*. De ese modo, no sólo se olvida el *derecho-raíz* a *decidir el tipo de educación* para los hijos, sino que además se ignora el hecho de que la posibilidad de elegir *centro* no está abierta a muchos padres por la sencilla y contundente razón de que en su ámbito y circunstancias *no hay centros entre los que elegir*, sino un solo tipo de centro o aun un solo centro. Ciertamente, ante esta situación, lo que tienen que hacer los poderes públicos no es crearles obstáculos a los que no los tienen, sino remover los obstáculos (CE 9.2) que encuentran otros y crear las condiciones para que

¹² En el presente escrito hablamos de los *derechos educativos* o del *derecho educativo* y, alguna vez, de *la libertad educativa* de los padres. La preferencia por una u otra expresión depende del contexto, pero, salvo que se haga alguna precisión en contra, deberá entenderse que con todas ellas nos referimos a la misma realidad.

¹³ Artículo 13.3 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 19 de diciembre de 1966.

¹⁴ Pensar que esa común condición de “públicas” de determinados centros educativos lleva consigo su total uniformización supone considerar que en ese tipo de centros no hay margen alguno para el ejercicio de la más mínima libertad o autonomía. Por cierto, la **LODE**, es decir, la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (siendo ministro de Educación Maraval), en el apartado 1 de su artículo 20 (derogado por la **LOCE**, es decir, por la LO 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, aprobada con un gobierno del PP) establecía: “Una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos, en los ámbitos territoriales correspondientes, garantizará tanto la efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de *escoger centro docente*”. Y la misma LODE, en su art. 4, reconocía a los padres el derecho: “b) A *escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos*”. En la redacción que a ese artículo de la LODE confiere la **LOE**, esto es, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (aprobada con un gobierno-PSOE), en su Disp. Final Primera: “1) a los padres se les reconoce derecho: ...“b) A escoger centro docente tanto *público* como distinto de los creados por los poderes públicos”. La antes referida LOCE artículo 3.1, b) reconocía a los padres el derecho “a la libre elección de centro”.

¹⁵ No es que tenga derecho a decidir el tipo de educación de mis hijos porque tengo el derecho de elegir centro, sino que tengo derecho a elegir centro porque tengo derecho a decidir el tipo de educación que quiero para mis hijos.

cada día sea mayor el número de los que puedan hacer un efectivo ejercicio de su libertad de *elección* de centro. Por cierto, cabe decir que, en una consideración teórica sistemática, el derecho de elección de centro puede entenderse referido a un centro que ya se encuentra realizado, existente, o a un centro ideal que realice, en uso del derecho de creación de centros¹⁶.

2.1.2. El derecho a determinar el tipo de educación en el centro al que acuden los hijos. En todo caso, en muchas ocasiones --¿siempre?--, *habrá quienes no estén en condiciones de elegir un centro previamente caracterizado por un particular ideario educativo* que pueda coincidir con el tipo de educación que consideran adecuado para sus hijos. Ahora bien, los padres que, por las circunstancias que sean, no puedan elegir *un centro* para sus hijos, no por eso, obviamente, quedan privados de su derecho preferente a *decidir el tipo de educación* de sus hijos. En tal caso, obviamente, habrán de ejercerlo de otro modo ¿Cómo?

Otro modo en que pueden los padres ejercer su derecho educativo a *decidir* el tipo de educación para sus hijos es el de **determinar**, ellos mismos junto con otros padres, *el tipo de educación* que ha de impartirse en el centro en que por diversas circunstancias sus hijos concurren y que (como ocurre, p.e., en el público aunque pueda ser también el caso en algunos privados) no está fundacional o institucionalmente marcado por ningún *tipo particular* de educación. Este modo de ejercicio del derecho de los padres a decidir la educación de los hijos no tiene cabida en centros a los que dan existencia sus creadores justamente para impartir un concreto tipo de educación que hacen explícito y público ante la sociedad y que les confiere una muy concreta identidad. Los padres pueden optar por un centro así previamente identificado mediante un concreto ideario o no, pero no pueden exigir que los creadores del centro modifiquen su proyecto para adecuarlo a opciones educativas distintas y aun manifiestamente opuestas a aquella que constituye la fundacional razón de ser del centro de que se trate. Los creadores de un centro al que dotan de un concreto ideario ante el hecho de que éste no encuentre acogida en la sociedad pueden, si así lo consideran oportuno, modificar sus proyectos en términos que puedan suscitar la demanda de la que no ha sido objeto su proyecto inicial o pueden, sencillamente, cancelar el proyecto por considerar que no tiene sentido y aun va contra sus principios dedicarse a otro ajeno a los ideales que les han inspirado el original. Obviamente, una u otra opción corresponde a la libertad de los titulares y no puede ser impuesta ninguna de ellas por quienes han llegado al centro que estaba ya previamente marcado por un ideario.

2.1.3. El derecho a proporcionar a los hijos la educación sistemática íntegra exclusivamente en casa, sin escolarizarlos (o homeschooling). Un modo --digamos en tercer lugar-- en que también pueden los padres ejercer legítimamente su derecho a decidir el tipo de educación de sus hijos es el de proporcionar a sus hijos la educación sistemática íntegra exclusivamente *en casa*, sin escolarizarlos en ningún centro educativo. En esta opción de la educación "*en familia*" o "*en casa*" (*homeschooling*) los padres asumen de modo inmediato la entera educación de sus hijos y se la imparten bien ellos mismos solos, bien ellos con la ayuda de otros agentes educativos, como, p.e., otros padres, maestros o profesores a

¹⁶ Elegir un centro que me encuentre existente no es obviamente lo mismo que elegir un centro que he de realizar (o contribuir a realizar), aunque teóricamente puedan situarse ambos casos bajo el concepto de elección de centro. Y la diferencia entre esos dos casos resulta manifiesta en cuanto respecta a la *facilidad* de llevar a cabo una u otra acción. Sorprende, por eso, que el TC considere que la libertad de enseñanza de los padres tiene un cauce poco menos que *normal* precisamente en la creación de centros [STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ5 a) y FJ 8 c)].

domicilio, o bien sólo éstos bajo la supervisión inmediata, en todo caso, de los padres. Ciertamente el derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos está referido, obviamente, en primer lugar a la acción educadora que ellos mismos (en cumplimiento de lo que es a la vez un grave, ineludible e intransferible *deber*) han de llevar directamente a cabo *en cualquier caso* y, por tanto, también en el de que lleven a sus hijos a un determinado centro educativo, según la efectiva preferencia de la mayoría y la actual indebida imposición de las leyes educativas. Según se ha dicho, debe reconocérseles a los padres el derecho a ser ellos mismos quienes lleven a cabo o en todo caso dirijan íntegramente de modo inmediato la educación de sus hijos “en casa”, sin escolarizarlos y en los sensatos términos en que defienden la *homeschooling* la mayoría de sus partidarios, que lo hacen de modo asociado y organizado. Esta opción de la *homeschooling* puede suscitar al menos reticencias en sectores sociales muy diversos y por diversas razones, entre las que cabe señalar desde la mentalidad estatista hondamente interiorizada en amplias capas de la población hasta los intereses profesionales y empresariales vinculados al sistema de enseñanza escolarizada. Algunos pueden superar los temores vinculados a esos tipos de intereses con la consideración de que, hoy por hoy, cabe pensar que la *homeschooling* seguirá siendo la opción de una minoría casi imperceptible. Pero es evidente que, en cualquier caso, deben sumarse a su defensa, por elemental coherencia, cuantos se confiesan a favor de la libertad de enseñanza y proclaman con el mayor énfasis el derecho educativo preferente de los padres. Podemos decir que la actitud que se adopta ante la *homeschooling* es el mejor “test” de la sinceridad y firmeza con que se defiende la libertad educativa de los padres y, en suma, la libertad, sin más.

2.2. El derecho educativo de los padres frente y sobre el de otros agentes educativos (informales o formales, políticos o profesionales, etc).

El derecho de los padres debe ser afirmado, en todo caso, como *preferente* frente a cualesquiera otros agentes educativos a los que no podría reconocérseles sino la condición de *responsables no-preferentes o subsidiarios o auxiliares de los padres*. El derecho de los padres es, considerado en esa vertiente, el derecho a exigir que el tipo de educación que desarrollan esos otros agentes responsables o colaboradores sea el que los padres mismos de los educandos decidan. Y esto, que ha de afirmarse respecto de aquellos colaboradores educativos que los propios padres eligen (como, p.e., en el caso de la educación en casa), ha de sostenerse también con especial énfasis frente a agentes que no han sido elegidos por los padres, sino que les vienen administrativamente dados y que no, por eso, dejan de ser auxiliares de los padres y en modo alguno titulares de un derecho educativo que puedan ejercer al margen y, mucho menos, contra el derecho preferente que a los padres corresponde. Con menos razón aún podrán invocar los poderes públicos derecho o competencia para regular y administrar sistemáticamente la educación en términos que supongan anular o aun menoscabar el derecho educativo preferente de los padres, cuyo ejercicio, por el contrario, deben los poderes públicos facilitar al máximo y, en modo alguno, obstaculizar aun mínimamente y es en este sentido en el que habrá de ser interpretado el alcance que pueda corresponder al mandato que la Constitución en su art. 27.2 dirija a los poderes públicos. El derecho preferente de los padres a decidir la educación de sus hijos se corresponde con el *deber* que tienen, con carácter asimismo preferente, de efectivamente educarlos.

Hay sin embargo hoy quienes parecen ajenos por completo al espíritu que llevó al reconocimiento del derecho educativo preferente de los padres en Declaración de los Derechos Humanos de la ONU en 1948, reconocimiento presente asimismo en nuestra

Constitución, y no sólo ponen en cuestión el carácter preferente de ese derecho, sino que pasan ya a negarlo sin más. Unos lo hacen por razones ideológicas, aprióricas, desde posiciones estatistas más o menos abiertamente totalitarias. Que haya quienes reclaman para el Estado la patria potestad universal sobre todos los ciudadanos no constituye una novedad ni aun siquiera el modo de hacerlo. La Historia ofrece ya el catálogo total de posibles modos, desde los más sutiles y suaves a los más descarados y fieros, que puede emplear el Poder para hacer suyos a todos los niños y hacer de ellos, sustraídos, según el correspondiente discurso totalitario, a la negativa, egoísta, antisocial, etc. influencia de sus padres, dóciles integrantes de la masa, ajenos a la marcha del Progreso... Bien es verdad que la Historia afortunadamente también es pródiga en admirables ejemplos de modos, incluidos los físicamente martiriales, de resistencia triunfante frente a esas pretensiones totalitarias

Hoy y aquí entre los valedores del Estado-Educador pueden contarse desde quienes repiten incesantemente que para educar a un niño hace falta toda la tribu hasta quienes, se atrevan o no a decirlo, están convencidos de que educar no puede considerarse en absoluto derecho de los padres por el mero hecho de que lo sean, sino tarea que ha de confiarse a quienes cuentan con la rigurosa preparación profesional específica necesaria que para llevarla a cabo, bajo la supervisión de los poderes públicos. Los padres, por el contrario, añadirán, no sólo no están dotados de competencias educativas, sino que en gran número exhiben al respecto una manifiesta incapacidad: unos, por más que buenos, son manifiestamente ignorantes y/o ineducados; otros, aun cuando posean un alto nivel de preparación académica y posean la más esmerada educación formal, son violentos, inmorales..., sin excluir el caso de quienes llegan a ser verdaderos “maltratadores” psíquicos y/o físicos de sus hijos...etc, etc. Es obvio que por esta senda de consideraciones se llegaría a no ver en los padres capacidad alguna para educar sino imperiosa necesidad de ser educados...

Parece, sin embargo, obvio que la existencia de padres fácticamente incapacitados, temporal o permanentemente, para ejercer su derecho educativo no es razón para negar a todos los padres *a priori* el ejercicio del derecho y menos aún el derecho mismo. El que haya padres a los que sea justo y preciso privarles de la patria potestad no es, obviamente razón, para decidir la *privación preventiva de la patria potestad a todos los padres* y atribuir a los poderes públicos, al Estado nunca mejor dicho “paternalista”, una universal superior patria potestad sobre todos los ciudadanos educandos¹⁷. No deja de ser significativo que a personas, que son padres y funcionarios, se les niegue como a padres el derecho y capacidad para educar a sus hijos y, en cambio, se les reconozca, como a funcionarios del Estado, la capacidad para educar a cualesquiera ciudadanos-hijos de los demás... Algunos ideólogos de la educación estatal-estatista hablan como iluminados que se consideraran y consideraran a los funcionarios-docentes cual encarnaciones puras, repeticiones clónicas de un perfecto único común neutral maestro universal...

¹⁷ Con este mismo tipo de consideraciones contestaríamos a Montaigne, cuando lamenta indignado en términos de especial dureza que se deje la educación de los niños a merced de sus padres “por locos y crueles [o malvados] que sean” (Montaigne, Ensayos, II, XXXO, Edición de Cátedra, Madrid, 2008, pp.450s.; Ed. El Acantilado, Barcelona, p.1071))

3. DIECIOCHO TESIS BÁSICAS SOBRE EDUCACIÓN Y ESCOLARIZACIÓN.

Para adoptar ante la Educación (y concretamente, ante el papel, competencias, derechos y deberes, de los diversos sujetos que intervienen en ella) una posición democrática doctrinalmente rigurosa, es necesario tener en cuenta las consideraciones precedentes y situarse con claridad en las nociones y tesis como las que, de acuerdo con lo antes expuesto, a continuación se enuncian:

3.1. Por “educación” o “enseñanza básica” ha de entenderse aquella cuya posesión resulta, con carácter general, imprescindible y suficiente, en las concretas circunstancias de una sociedad dada, para formar parte de la sociedad en condiciones de poder ejercer plenamente los derechos y cumplir los deberes ciudadanos, incluidos en unos y otros el desempeño de las actividades con las que cada uno ha de realizarse en todas las dimensiones de su personalidad¹⁸.

3.2. Desde la perspectiva de cada persona, la educación básica (que no es necesariamente educación “primaria”¹⁹) es, ante todo, objeto de un *derecho* que cada una tiene, derecho que ha de estar reconocido como tal en el ordenamiento jurídico positivo.

3.3. Considerada desde la perspectiva de la sociedad, la educación básica es un *deber* de cada ciudadano para con ella. Y puede legítimamente imponerse a todos y cada uno como *obligación jurídico-positiva* ese deber de haber alcanzado la educación básica a una determinada edad. Puede, pues, legítimamente y debe fijarse la edad a la que, en condiciones normales, será exigible con carácter general a los ciudadanos el haber cumplido el indudable deber que tienen de alcanzar el nivel formativo correspondiente a la superación de la educación básica (entendida según la definición que de ella se expone en la tesis 1). Ahora bien, eso es una cosa y otra muy distinta el que en la misma definición de la educación básica se incluya como esencial una referencia cuantitativa a años de escolaridad y a edades de los educandos, como desacertadamente hacen, según veremos, las propias leyes educativas.

3.4. Al establecerse que la enseñanza básica es, además de obligatoria, gratuita, es “gratuita” ha de entenderse que todos tienen derecho a que se les proporcionen gratuitamente los medios precisos para adquirir la “enseñanza básica”. En un régimen de escolarización generalizada

¹⁸ Obviamente, el contenido material y el nivel que ha de alcanzar la educación básica, según la definición formal dada, vendrá determinado por el grado de desarrollo y complejidad de la sociedad a la que la refiramos: tanto más elevado aquél, cuanto más avanzada ésta. No cabe, por tanto, confundir en modo alguno educación básica con “primaria”. En España tenemos un claro ejemplo de cómo, dado el grado de desarrollo y complejidad alcanzado por la sociedad, la educación básica necesaria y exigible incluye ya una etapa de la secundaria (Cf. González Vila, Teófilo, “Educación obligatoria y escolarización voluntaria”, en *Escuela Española*. Periódico profesional de Educación. Nº 3487, 22 de marzo de 2001, pp. 17-19).

¹⁹ Adviértase que los términos "E. Primaria", "E. Secundaria", "E. Media", "E. Superior", son denominaciones, cuasi topográficas, con las que designamos, por relación de unos con otros --sin perjuicio de que cada uno de ellos se identifica también por características propias--, distintos momentos o tramos del proceso educativo sistemático. En cambio, el concepto de “educación básica” al que aquí nos referimos se sitúa en la relación del subsistema educativo con el sistema total (socioeconómico, político, cultural, etc). (Cf. González Vila, Teófilo, “Obligatoriedad, comprensividad y diversidad en la educación secundaria”, en Fundación Santillana, *Aprender para el futuro. La educación secundaria, pivote del sistema educativo*, Madrid, 1998, pp. 99-112). En otra perspectiva, la educación en cualquiera de sus fases puede decirse “básica”, en cuanto cada una de ellas sienta las *bases* necesarias para acceder a un momento educativo o a una actividad posterior.

esto supone la exigencia de que los poderes públicos ofrezcan gratuita la escolarización para la adquisición de la enseñanza básica. Pero, supuesta la legitimidad, que aquí defendemos, del uso de otros medios y procedimientos, distintos de la escolarización (como lo es la educación en familia), para alcanzar esa educación, podemos decir que también esos otros medios habrían de resultarles gratuitos a quienes a ellos recurran, al menos en proporción equivalente a los medios generalizados.

3.5. Que la enseñanza básica haya de ser “obligatoria y gratuita” (27.4 CE) no quiere decir que haya de ser obligatoria la aceptación de una enseñanza básica gratuita o, en otros términos, que no sea constitucionalmente legítima la renuncia a la gratuidad de la enseñanza obligatoria²⁰, ni significa que los poderes públicos no puedan ofrecer *gratuita* la enseñanza *no-obligatoria*, pre- y post-básica²¹.

3.6. La enseñanza básica es constitucionalmente obligatoria, pero no lo es la escolarización como modo de adquirir la enseñanza básica. Y esto de acuerdo con el tenor literal del correspondiente precepto. La Constitución, en efecto (artículo 27.4) establece que: “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Nada se prevé sobre escolarización. Ésta ni se menciona. Quien entiende que en ese precepto se establece como obligatoria la escolarización confunde ésta con la enseñanza. Y la mejor prueba de que esa confusión conceptual, lamentable, forma parte de las ideas socialmente difundidas sin obstáculo está en que la asumen como supuesto básico órganos de los que habría esperar que la advirtieran y rechazaran. El TC reconoce al menos que el artículo 27.4 CE, “no precisa” que la enseñanza básica obligatoria “deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatoria”²², pero no extrae las consecuencias que podrían llevarle a admitir la legitimidad de opciones educativas distintas de las que incluyen escolarización.

3.7. La Escuela, la escolarización, no es sino *un medio* para la educación, un medio para cumplir el deber y ejercer el derecho de adquirir educación y, en particular, la educación básica.

3.8. La educación es objeto de un *derecho sustantivo, originario*, y de una obligación ineludible.

3.9. La escolarización, en cambio, es objeto de un *derecho derivado, medial o instrumental*, pero no, necesariamente, una obligación. La escolarización nunca será un derecho o un deber “autónomo”, originario, fundamental, sino *condicionado* al hecho de que es un modo de adquisición de la educación básica que se está obligado a alcanzar.

20 Conviene advertirlo frente a quien pensara que esa gratuidad es obligatoria y de esta obligatoriedad pretendiera deducir la de someterse a la escolarización en cuanto es ésta el único modo de hacer efectiva para todos esa gratuidad. Aparte la exigencia de que la gratuidad se entienda referida también a otros medios distintos de la escolarización, a nadie se le podría prohibir que renuncie a la gratuidad en absoluto y en concreto a la que va ligada a la escolarización. De hecho hasta ahora realizan pacíficamente esa opción de renuncia a la gratuidad quienes acuden a los centros que, en el lenguaje coloquial, se dicen “de pago”.

21 Ante el precepto constitucional según el cual “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” (CE 27.4), algunos mal entendieron que sólo la enseñanza que se declarara obligatoria podría ser gratuita y, de ahí que, para conseguir que los poderes públicos garantizaran también la gratuidad de la educación infantil, no faltaron quienes dieran en la disparatada idea de proponer que también ésta, la educación infantil, se declarara obligatoria, en régimen de obligada escolarización.

22 STC 133/2010, FJ 7, a., sentencia a la cual se dedica más adelante una muy amplia, sistemática, atención.

3.10. Ciertamente, en la medida en que para una concreta persona el *único* modo de ejercer su derecho y cumplir su deber de alcanzar la educación básica fuera acudir a la Escuela, la escolarización sería para ella también, circunstancial, contingentemente, objeto tanto de un derecho como de una obligación. Pero *la escolarización no puede legítimamente imponerse con carácter general a todos*, sino que *ha de reconocerse el derecho a la no escolarización* a quienes puedan y quieran acogerse a otras vías (no-escolarizadoras) para ejercer sus derechos y cumplir sus deberes educativos.

3.11. El reconocimiento de ese *derecho de no-escolarización* y la aceptación y, en su caso, regulación de otras vías para educarse y educar no pueden hacerse depender del número mayor o menor de quienes estén en condiciones de seguir esos procedimientos educativos no escolarizadores (auto- o heteroeducativos) y quieran hacerlo. (Aunque la escolarización todavía por mucho tiempo resulte para muchas personas vía necesaria y para la mayoría, en todo caso, *vía preferida* para alcanzar un determinado nivel de educación, será también cada día más significativo el número de quienes puedan y quieran seguir otras vías para sus hijos o para sí mismos).

3.12. Una de esas vías u opciones, distintas de la escolarización, es la de la ***“educación en casa”*** o ***“en el hogar”*** o ***“en familia”*** o de ***“la escuela en casa”, sin escolarización (homeschooling)*** que algunos padres, en número significativamente creciente, prefieren para sus hijos. Optar por ese modelo es uno de los legítimos modos de ejercicio del derecho preferente que tienen los padres a decidir el tipo de educación que han de recibir sus hijos.

3.13. No puede decidirse ni afirmarse con carácter general, *a priori*, en abstracto, si los objetivos de la educación básica se alcanzan mejor y más fácilmente mediante la escolarización o, al margen de ésta, “en familia”. Esto ha de decirse incluso en relación con el objetivo de la “socialización” que pueden lograr plenamente también quienes se educan en familia, sin escolarización, mediante relaciones intra- e interfamiliares y tanto mediante la convivencia intergeneracional como la intrageneracional.

3.14. Si la escolarización no tiene sentido, ni se daría, sino como medio de adquirir un determinado nivel de educación²³, la educación, en cambio, tiene pleno sentido y es obviamente posible en todas sus dimensiones y objetivos, incluida la socialización, *sin escolarización*.

3.15. En todo caso, resulta fundamental y decisivo tener en cuenta que educación y escolarización son no sólo dos conceptos y dos realidades distintas, sino, además, dos realidades... fáctica y legítimamente separables... y hasta tal punto que, en ocasiones, las exigencias de una y otra pueden entrar en pugna. (Tan obvia resulta teóricamente la distinción entre educación y escolarización que puede parecer superflua tanta insistencia en ella. Lo cierto es que de hecho resulta ignorada, olvidada o implícitamente negada en supuestos teórico-prácticos que hasta ahora pasan por indiscutibles o, al menos, nadie parece atreverse a discutir).

²³ Esto no deja de ser así por el hecho de que, como alguien puede señalar, la escolarización se da hoy en determinados niveles como mero “aparcamiento” de jóvenes que sin ella estarían incluidos en el número de los *parados*.

3.16. La confusión de *enseñanza básica obligatoria* con *escolarización obligatoria* se encuentra entre nosotros de tal modo extendida y arraigada que funciona como una evidencia compartida de modo casi unánime en la sociedad española, con independencia de las diferencias académicas, culturales, económicas y sociales. Esa falsa identificación de enseñanza obligatoria y escolarización viene a ser asumida como verdad indiscutible y como supuesto seguro aun en ámbitos en los que cabría esperar que fuera pasada por una crítica doctrinal rigurosa, como es el caso de los órganos judiciales en asuntos en los que juegan un papel central estos conceptos. Este fenómeno puede explicarse y, en todo caso, verse favorecido por el hecho de que la confusión conceptual de que se trata se encuentra aceptada y alimentada por la misma legislación educativa. En efecto...(v. tesis 17)

3.17. Son las propias *leyes* educativas las que incurrir en la grave confusión de *enseñanza básica obligatoria* con *escolarización*, al incluir la escolarización como un elemento *esencial* del contenido mismo de educación básica²⁴. Las mismas normas legales que establecen la estructura del sistema educativo, determinan y definen los distintos niveles o tramos del proceso educativo por referencia no ya a los años que (en condiciones normales, se entiende) será preciso invertir para alcanzar el respectivo nivel de formación, sino por la correspondencia, año a año, entre esos diversos tramos o niveles (ciclos / cursos) y la edad de quienes lo recorren²⁵. Como esa correspondencia sólo tiene pleno sentido en el caso de quienes siguen la vía de la *escolarización ordinaria*, la ley al definir de ese modo los distintos niveles educativos viene a dar por supuesta y a *imponer* la vía de la escolarización como única legítima para recorrerlos. Y de este modo se establece *una exigencia que ni la Constitución contiene, ni de ésta se deriva necesariamente, ni el legislador puede imponer sin detrimento del derecho educativo fundamental de los padres a decidir el tipo de educación que han de*

24 Así lo entienden de modo palmario según lo recoge el TC, sin que le merezca esto ninguna precisión ulterior, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coin y la Audiencia Provincial de Málaga, pues para ambos órganos judiciales “la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art.27.1 CE)” (STC 133/2010, FJ 1).

25 Hay casos en que los propios términos de la norma exhiben de modo palmario la confusión que albergan entre enseñanza y escolarización. El art. 9 de la *Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación*, que era la vigente en el momento en que se plantea el caso al que se refiere la Sentencia del TC que suscita nuestros actuales comentarios, establecía que la enseñanza básica, obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE) “incluye diez años de escolaridad”, de tal manera que se “iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis”. Con anterioridad la LOGSE, en su artículo 5.1 después de establecer que la educación básica queda constituida por la educación primaria y la educación secundaria, denominada a estos efectos, también correctamente, “obligatoria”, añade: “La enseñanza básica comprenderá diez años de escolaridad, iniciándose a los seis años y extendiéndose hasta los dieciséis”. Y la misma previsión se arrastra hasta la actualmente vigente *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*, art. 4.2. De tal modo está presente, extendida y arraigada esa confusión educación-escolarización que aun los más duros críticos de la LOGSE hacen siempre la salvedad de que no puede negársele el “mérito” de haber extendido la enseñanza obligatoria hasta --advírtase-- los *dieciséis* años. No dicen “hasta incluir en ella la primera etapa de la secundaria”, sino hasta ... “los dieciséis años”. Resulta así directa y claramente alabada la obligatoriedad de la escolarización hasta esa edad (sin advertir por cierto que esa extensa escolaridad ya la hacía obligatoria en 1970 la Ley General de Educación). Pero las presentes consideraciones no sólo permiten, sino que obligan a poner en cuestión ese tópico elogio acriticamente repetido por unos y otros. ¿Acaso se aceptaría como legítima la imposición de la escolarización a edades cada vez más altas a medida que aumentarían las exigencias de la educación básica? ¿Hasta qué edad sería legítima esa imposición de la escolarización? ¿Con qué criterios se determinaría esa edad? Si las razones que algunos pueden invocar para aceptar como legítima la escolaridad obligatoria fueran válidas, serían válidas --advírtanlo-- hasta el absurdo de justificar espacios (campos, centros) de concentración educativos a los que podría legítimamente ser conducido por la fuerza cualquier ciudadano que con edad declarada “escolar”, se encontrara, en horas lectivas, en el pacífico disfrute de cualquier otro espacio público o privado... [...] Algunos, aunque no se atreven a manifestarlo, pueden ya aceptar, al menos, que esa obligación no debe hacerse extensiva más allá de determinadas edades. En nuestra tesis --repetámoslo-- la legitimidad o ilegitimidad de la imposición de la escolaridad obligatoria no depende de la edad de aquellos sobre los que recaiga. Esa imposición sería, a nuestro juicio, ilegítima a cualquier edad” (Cf. González Vila, Teófilo, “Educación obligatoria y escolarización voluntaria”, en *Escuela Española*. Periódico profesional de Educación. Nº 3487, 22 de marzo de 2001, pp. 17-19).

recibir sus hijos, derecho que ha de entenderse referido no sólo a los contenidos y objetivos de la educación sino asimismo al ámbito y condiciones en que ésta en cada caso ha de impartírseles.

3.18. Esa confusión-fusión de *enseñanza básica obligatoria* con *escolarización obligatoria* que la propia Ley refleja, asume y robustece con su autoridad, constituye la *f fuente de otros gravísimos errores teórico-prácticos* de los que las políticas educativas adoptadas en España ofrecen desgraciadamente abundantes ejemplos, como el de dificultar el ejercicio del derecho a la *educación* en aras del dogma de la *obligada escolarización ordinaria* de todos²⁶. Esa confusión no sólo da origen a tópicos que obstaculizan la adecuada solución a algunos serios problemas educativos, sino que, en último término conduce a prácticas en las que la *escolarización*, en cuanto objeto, unas veces, de un derecho y, otras, de una obligación, termina por prevalecer, en una grave inversión jerárquica, sobre derechos y libertades fundamentales.

4. El Tribunal Constitucional, su llamativa doctrina sobre los derechos educativos de los padres y la opción de la *homeschooling*.

Es imprescindible tener en cuenta las precisiones y consideraciones hasta ahora expuestas, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en una concepción reductiva, constitucionalmente, al menos, “problemática”, tanto de la libertad de enseñanza como del derecho a la educación. Y, a este respecto, no dejan de producir admiración algunas afirmaciones del TC,²⁷ sobre la libertad de enseñanza de los padres, sobre el derecho que éstos tienen a decidir el tipo de educación de sus hijos, así como en concreto sobre la legitimidad del ejercicio de ese derecho mediante la opción de la *homeschooling*.

El TC, por una parte, adopta una concepción de los derechos educativos de los padres tan restrictiva que no puede por menos de suscitar admiración atendidos los mismos términos en que la expone y, en clara correspondencia con esa su concepción minimalista de los derechos y libertades fundamentales en juego, minimiza hasta considerarla constitucionalmente irrelevante la restricción que la imposición de la escolarización

²⁶ Así, p.e., cuando la forzada escolarización ordinaria de quienes por razones patológicas clínicas no están en condiciones de tal escolarización redundan en grave impedimento para el ejercicio de su derecho a la *educación* de otros escolarizados y aun del mismo presunto beneficiario de esa *escolarización por encima de todo* impuesta desde instancias oficiales. “La insostenible inversión mediante la cual se hace prevalecer la escolarización sobre la educación es también y en muy buena medida resultado y expresión de presupuestos ideológicos extraeducativos. En la Educación, donde los procesos son tan lentos como profundos y no se perciben de inmediato los bienes o daños que producen los “experimentos”, hay quienes han visto un ámbito privilegiado para simplistas ensayos igualitaristas cuyos presuntos beneficiarios resultan ser siempre sus más seguras víctimas. Ciertamente con un “discurso” como éste habrá quien pretenda cubrir o aun justificar injustas discriminaciones. Pero hemos de evitar caer, por el lado contrario, en el erróneo supuesto de que toda diferencia es injusta desigualdad. La obligada atención a la diversidad, exigencia de la justicia educativa, requiere situar a cada uno en las condiciones de escolarización adecuadas a su caso. Aquí sí que se impone la exigencia de dar “a cada uno según sus necesidades”. La igualdad que ha de garantizarse en la educación es justo la que consiste en hacer que todos y cada uno tengan las mismas posibilidades de cultivar con el más alto grado posible de excelencia la propia diferencia. Si nos empeñamos en que todos tienen las mismas posibilidades y, en este caso, las mismas necesidades (incluida la de una escolarización en centros “ordinarios”) no hacemos sino abandonar a su “diferente” suerte a los más débiles..” (González Vila, *ibidem*).

²⁷ Contenidas en la STC 133/2010, de 2 de diciembre de 2010 (BOE de 05.01.2011), dictada en el recurso de amparo 7509-2005, respecto de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, mediante la que se ordenaba la escolarización en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio.

obligatoria de todos los ciudadanos de determinadas edades opera sobre el margen de ejercicio del derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos. Desde la perspectiva de algunos, la doctrina del TC al respecto podría calificarse como *conservadoramente-progresista* en cuanto vinculada a presupuestos o dogmas que rezuman cierto paternalismo estatista (en ese sentido, según la mentalidad de algunos, progresista) y que resulta en realidad retardatario (conservador en el sentido menos positivo) de un proceso de progresivo ensanche democrático de las posibilidades de ejercicio de las libertades públicas.

Los padres que deciden llevar a cabo la educación básica obligatoria de sus hijos “en casa”, sin escolarización, consideran que para adoptar esa opción les ampara la libertad de enseñanza y el derecho que tienen constitucionalmente reconocido para decidir el tipo de educación que han de recibir sus hijos. Para el TC, por el contrario, según afirma de modo general y tajante:

“la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce”²⁸

Y esto sería así a partir del contenido mismo de los derechos y libertades invocados tal como el propio TC lo entiende²⁹ y expone en términos que no dejarán de provocar cierta extrañeza en quien los conoce. El TC no parece tener en cuenta la identidad conceptual material de la realidad a la que se refieren los términos educación y enseñanza en el contexto de la Constitución según las consideraciones léxico-conceptuales expuestas en el primer momento del presente trabajo. Esto explica que aísle no sólo expositiva, sino conceptualmente, la libertad de enseñanza (CE 27.1) de los padres y el derecho que específicamente les reconoce el artículo 27.3 de la misma Constitución, único precepto constitucional con el que parece relacionar el concepto de *tipo de educación* y el derecho de los padres a decidir el que ha de seguirse en la educación de sus hijos³⁰. Veamos.

4.1. El Tribunal Constitucional y la libertad de enseñanza de los padres.

-No puede, ciertamente, dejar de sorprender que, para este Tribunal, *la libertad de enseñanza* (art. 27.1 CE) de los padres *se circunscriba* a 1) habilitarles, “*como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales*” y 2) a “*la libertad de creación de centros docentes* (art. 27.6 CE)”, libertad que, por cierto, corresponde asimismo a cualesquiera personas físicas o jurídicas. Merecen sin duda ser reproducidos los exactos términos empleados por el TC, según el cual:

“*la libertad de enseñanza* (art. 27.1 CE) de los padres, ... habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se

²⁸ STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5, *initio*.

²⁹ O, con términos empleados poco después por el mismo TC, “la correcta delimitación del contenido de los derechos constitucionales invocados por los recurrentes” (STC 133/2010, FJ 6, *initio*).

³⁰ A tipo de educación (*kind of education / genre d'éducation / genere di istruzione / Art der Bildung*) se refiere el art. 26.3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno *que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar*. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de *creación de centros docentes* (art. 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden”³¹.

No deja de resultar inquietante que se considere respetada la libertad de enseñanza que corresponde a los padres, en cuanto tales, por el mero hecho de que no se les impida enseñar a sus hijos “fuera del sistema de enseñanza oficiales”. ¿Cómo habría de ser tipificada una situación jurídico-política en que se les impidiera esa enseñanza también fuera del sistema escolar? ¿De veras no les habilita a los padres título alguno para intervenir en modo alguno en la enseñanza que sus hijos reciben en “el sistema de enseñanzas oficiales” ni sobre el modo, escolarizado o no, p.e., en que esas enseñanzas hayan de serles impartidas?

4.1.1. Según el TC, la libertad de enseñanza habilita a los padres, “como a cualquier persona, para “enseñar” a sus hijos.

No puede por menos de suscitar “admiración”, una vez más, que, para el TC, la libertad de enseñanza no habilite a los padres en relación con sus hijos sino, “*como a cualquier persona*” para enseñar a éstos --¿y como a cualesquiera otros --podríamos preguntar-- que no fueran sus hijos? En relación con la educación de los propios hijos, la libertad de enseñanza que corresponde a los padres ¿no se diferencia específicamente *en nada* de la libertad de enseñanza que corresponde en general a todos los demás...? Sólo podrá decirse que no se diferencia en nada si se separan, por un lado, la libertad de enseñanza de los padres y, por otro, el derecho preferente que éstos tienen a decidir el tipo de educación--¡y, por lo mismo, de enseñanza!-- que ha de impartirse a sus hijos! Y eso es lo que, con inevitable sorpresa nuestra, viene a hacer el TC, que no tiene en cuenta la equivalencia nociónal de educación y enseñanza en el contexto del artículo 27 de la Constitución (puesta ya de manifiesto en consideraciones precedentes) y para el que, en relación con la enseñanza de unas determinadas personas, la diferencia, entre quienes sean los padres y quienes no, estaría simplemente en el deber que aquéllos tienen de escolarizarlas si están en la edad en que la ley exige que lo estén.

4.1.2. Según el Tribunal Constitucional, el derecho educativo de los padres quedaría a salvo con sólo no impedirles “influir” (!) en la educación de sus hijos.

A este respecto, se pronuncia el dicho tribunal en términos aun más “admirables” que algunos ya transcritos y dignos, con más razón, si cabe, de ser reproducidos. Si ya nos ha dicho el máximo intérprete institucional de nuestra Constitución que la libertad de enseñanza faculta a los padres para enseñar a sus hijos, *lo mismo que a quienes no sean los padres,*

31 STC 133/2010, FJ 5, a.

concretará su concepción sobre el alcance del en todo caso particular derecho educativo de los padres, al afirmar que:

“el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un periodo de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, ..., no impide a estos *influir* en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela:...”³²

Según esto, pues, el derecho educativo de los padres se reduciría esencialmente a **influir** en la educación de sus hijos. Pero una vez más resulta inevitable preguntar si ese influjo educativo de los padres en la educación de sus hijos es como el que pueden ejercer en ella otros muchos sujetos y agentes educativos dentro y fuera de la escuela (amigos de la pandilla, vecinos, transeúntes, comunicadores televisivos, cantantes famosos, “ases” del fútbol etc. etc.)? ¿Acaso ese *influir* que les corresponde a los padres en la educación de sus hijos no es un *específico influir*? ¿En qué consistiría *lo específico del educativo influir de los padres sobre los hijos*...? ¿De qué modo, con qué fuerza, por qué medios podrán ejercer los padres ese derecho que se les reconoce simplemente a “influir”?

A estas preguntas ya nos ha dado antes el TC una primera respuesta cuando, después de señalar que la libertad de enseñanza de los padres en relación con sus hijos es la misma que habilita a cualquier persona para enseñar a cualquiera otra, advierte que, en todo caso, a los padres les incumbe precisamente la obligación de escolarizar a sus hijos, obligación que no recae, en cambio, sobre quienes no son los padres de las personas en edad escolar de que se trate. Pero ahora, a continuación del inspirado texto inmediatamente antes transcrito el Tribunal ofrece otros originales elementos de respuesta a quien pregunte en qué consistiría lo específico de la influencia educativa que sobre sus hijos tienen derecho a ejercer los padres. Nos aclara, en efecto, el alto Tribunal que los padres pueden ejercer su influencia educativa sobre los propios *tanto dentro como fuera de la Escuela* ¿De qué modo? Veamos.

4.1.2.1. Dentro de la escuela pueden los padres, según concede el TC, ejercer su derecho a ¡influir! en la educación de sus hijos “porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares”³³ Y no se dice más al respecto. En este momento, pues, el TC sólo tiene en cuenta el derecho que se reconoce a los padres en el apartado 3 del artículo 27 de la Constitución. Ha dejado de tener en cuenta los derechos que amparan a los padres en virtud de apartado primero de ese mismo artículo constitucional. Por otra parte, aun si nos ceñimos al art. 27. 3 de la Constitución, es preciso tener en cuenta que, atendidos los estrictos términos de ese precepto constitucional, el derecho allí reconocido a los padres es el derecho a que sus hijos “reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones”, y sorprende, por eso, que el TC en este momento se remita sólo al que podríamos decir “reflejo” de ese derecho en el correspondiente deber de los poderes públicos, esto es, en el hecho de que los poderes públicos “siguen siendo”³⁴ destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares”. Siendo el que es, según los términos poco antes transcritos, el derecho

32 STC 133/2010, FJ 8, c, p.123

33 Ibidem.

34 Alguien maliciosamente podría pensar que el redactor escribe bajo una restricción mental que se expresaría con un “por ahora”...

reconocido a los padres en el art. 27.3 de la Constitución, el correspondiente deber de los poderes públicos tampoco parece que pueda considerarse reducido, como ocurre en estas rebajadas consideraciones del alto Tribunal, a un simple “*tener en cuenta las convicciones religiosas particulares*”, sino el deber de hacer efectivamente posible y favorecer “la formación religiosa y moral” de los educandos “de acuerdo con” esas “convicciones” de los respectivos padres.

4.1.2.2. Y fuera de la escuela, pueden asimismo, según el TC, los padres ejercer su derecho a **¡influir!** en la educación de sus hijos, “*porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos -- así literalmente lo señala con su autoridad el TC-- después del horario escolar y durante los fines de semana*”³⁵ (¡) Ante estas generosas concesiones respecto de los momentos en que los padres pueden “influir” en la educación de sus hijos, nos atreveríamos a preguntar respetuosamente si pueden o no los padres ejercer esa influencia educativa sobre sus hijos también *antes* del horario escolar y *durante periodos no lectivos* (“puentes”, “fiestas varias”, “vacaciones” etc.) *que no sean fines de semana...*, pese a que estos otros tiempos no aparezcan expresamente incluidos por el dicho alto Tribunal en su “detallada” especificación de los abiertos a la acción educativa de los padres.

En todo caso, el TC, después de consideraciones como las inmediatamente precedentes, viene a concluir que en el caso de que se trata, con la imposición de la escolarización obligatoria, “*el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido*”³⁶. Y de nuevo resulta, ante esto, aconsejable preguntar, con el debido respeto, claro es, si un derecho queda *suficientemente* respetado con tal que no resulte “*completamente desconocido*” o, en otros términos, si puede decirse que resulta respetado cuando queda *bastante desconocido o apenas conocido*.

4.1.3. La libertad de enseñanza de los padres y la creación de centros docentes.

Aparte la posibilidad de enseñar a sus hijos e influir en su educación en los términos que se han expuesto, el TC advierte que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza *mediante la creación de centros docentes*³⁷. Pero es ésta, la de crear centros docentes, una facultad que corresponde a los padres en la medida en que, a tenor del apartado 6 del artículo 27 de la Constitución, ha de reconocer, como exigencia y expresión de la libertad de enseñanza, a todas las personas físicas y jurídicas. Y esto, en suma, quiere decir que, para ejercer su derecho a decidir el tipo de educación de sus hijos, no se les reconocen a los padres otras alternativas que la de escolarizarlos en centros ya existentes o la de escolarizarlos, si éstos no les satisfacen, en centros que ellos creen, con exclusión radical de la posibilidad de que impartan ellos mismos a sus hijos una educación básica no escolarizada. Con lo cual no parece que ese derecho esté entre aquellos cuyo ejercicio se quiera facilitar, sino, más bien, entorpecer, quizá porque se está en el supuesto --absolutamente discutible-- de que sólo la enseñanza escolarizada garantiza el logro de los fines que la educación debe perseguir.

³⁵ STC 133/2010, FJ 8, c.

³⁶ Ibidem.

³⁷ “Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de *creación de centros docentes* (art. 27.6 CE)” (STC 133/2010, FJ 5). Respecto de la restricción que la escolarización obligatoria opera sobre el derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos, el TC niega que resulte “manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del *derecho a la libre creación de centros docentes* (art. 27.6 CE)” (STC 133/2010, FJ 8, c.)

4.2. El derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos: su contenido y alcance, según el Tribunal Constitucional.

-Al considerar de modo específico la libertad de enseñanza o derecho educativo de los padres como *derecho a decidir el tipo de educación de sus hijos*, el TC entenderá asimismo, en términos que no podrán dejar de causar una vez más cierta desazón, que ese derecho se *limita a*:

-1) la libertad de *elegir centro* docente y

-2) al “derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE)”³⁸.

Pero no pude dejar de constituir un fundado motivo de lamento el que el Tribunal en este caso haya dejado de tener en cuenta al menos las siguientes elementales consideraciones:

a) que hay otros modos en que pueden los padres ejercer ese su derecho educativo distinto del de *elección* de centros;

b) que la elección de centro resulta “físicamente” imposible a los muchos padres que se encuentran ante el hecho de que en su ámbito y circunstancias no hay centros entre los que elegir;

c) que un modelo o tipo de educación no viene determinado solamente por la formación religiosa y moral³⁹.

-3) En tercer lugar, señalará aquí otra vez el TC, los padres podrán ejercer ese derecho a decidir el tipo de educación de los propios hijos mediante la creación de centros docentes. Así, pues, cuando unos padres consideren que el tipo de educación que quieren para sus hijos no se encuentra en los centros docentes existentes, públicos o privados, a los que puedan acceder, el TC no aceptará que estén legitimados para asumir ellos de modo inmediato, sistemático e integral, la educación básica de sus hijos “en casa” (la vía de la *homeschooling*), sino que les indicará como única vía constitucionalmente admisible la de crear un centro docente en el que se desarrolle su tipo de educación preferido. Y el que los padres tengan esa facultad, de tan difícil ejercicio, para crear centros docentes (al igual, como se ha dicho, que la tiene cualquier otra persona) le basta al TC para negar que “resulte *manifestamente excesiva*”⁴⁰ la restricción operada por la imposición de la escolarización obligatoria sobre el

³⁸ “Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento *prima facie*, de una libertad de los padres para *elegir* centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE)” (STC 133/2010, FJ 5,b).

³⁹ En la STC 133/2010, FJ 6, el TC parece querer entender que los elementos o componentes que determinan un concreto tipo de educación son exclusivamente los de índole religiosa o filosófica y no también los de naturaleza pedagógica, pese al expreso tenor del artículo 14 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. No podemos entrar aquí en la discusión de ese reductivo concepto de tipo de educación. Baste decir que las consideraciones del TC al respecto no obligan a admitirlo con la fuerza de argumentos incontrovertibles.

⁴⁰ STC 133/2010, FJ 8, c.- El TC se refiere al “contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE” (ibídem) y de modo inmediato, mediante cita de TEDH, al derecho a “ejercer sobre sus hijos las funciones de

derecho a decidir el tipo de educación de los propios hijos. “Efectivamente, era ésta [la de la creación de centros docentes], --insiste con celoso empeño e imponente seguridad el Tribunal-- y no la que representa *el incumplimiento del deber legal de escolarizar a sus hijos*, la opción constitucional abierta a los recurrentes como vía de plasmación de su distinta orientación educativa...”⁴¹. El Tribunal no verá en la *homeschooling* sino el incumplimiento de un deber legal y en la creación de centros docentes no *una* opción para el ejercicio del derecho parental de que se trata sino “*la*” opción y en ese sentido única que le está permitida a los padres para ejercer el derecho de que se trata.

Más allá del contenido que, según lo expuesto, le atribuye el propio TC, “el derecho a la educación --se concluirá-- en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado”⁴².

4.3. El Tribunal Constitucional da por buena la legislación que confunde enseñanza obligatoria con escolarización obligatoria y no permite la “educación en casa” sin escolarización (*homeschooling*).

Cuando el TC entiende de modo tan originalmente restrictivo, como hemos visto, los derechos educativos de los padres, no puede extrañar que considere *carente de “relevancia constitucional”* la restricción que para tales derechos pueda suponer la imposición de la escolarización obligatoria⁴³. El alto tribunal llega a considerar “comprobado”, de acuerdo con

educadores propias de su condición parental” y a “guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas” (véase, *mutatis mutandis*, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca*, cit., pp. 27-28, apartado 54; *Efstratiou v. Grecia*, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-VI, p. 2359, apartado 32)» (Caso *Konrad v. Alemania*, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003).

41 STC 133/2010, FJ 8, c.. “y ello --se añade en el mismo lugar-- por más que en su articulación debiera garantizarse en todo caso, como no podría ser de otra manera en virtud del art. 27, apartados 2, 5 y 8 CE, el respeto, «[d]entro del marco de los principios constitucionales, [de] los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la Constitución y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8)” (STC 133/2010, *ibidem*). El TC se remite aquí a *su primera Sentencia sobre asuntos educativos*, la STC 5/1981, para recordar que en todo caso, el tipo de educación por el que opten los padres deberá siempre ajustarse a las exigencias que se indican, lo cual, por cierto, no puede decirse que pongan en cuestión quienes consideran que la opción de la educación en casa o *homeschooling* debe estar reconocida y regulada por la Ley.

42 STC 133/2010, FJ 5, *in fine*. Obviamente se trata de afirmaciones cuya validez no parece contar con la autoridad racional de los argumentos o consideraciones concomitantes, sino con la mera institucional del alto órgano que las emite. Pareciera que se da por supuesto lo que habría de ser probado. En otro orden de consideraciones cabe señalar la predilección del redactor de la STC 133/2010 por la expresión “*prima facie*” (Cf. STC 133/2010, FJ 5, inicio y b.). En este caso llama la atención el uso que hace de ella, pues nadie ha pretendido que el derecho de libertad educativa de los padres para decidir el tipo de educación de sus hijos incluya *prima facie* el concreto modo de ejercer ese derecho que supone la opción por “la educación en casa” (en el sentido técnico de *homeschooling*) o el que sería derecho-a-no-escolarizar a sus hijos (o al menos la no-obligación de escolarizarles). Lo que se sostiene es que un examen del contenido del derecho de los padres a decidir el tipo de educación de sus hijos conduce a ver comprendido en ese fundamental derecho ciertamente *ultra primam faciem*, pero sin esfuerzo, el derecho a ejercerlo mediante la modalidad de la llamada *homeschooling*.

43 Para el TC, en efecto, “la correcta delimitación del contenido de los derechos constitucionales invocados por los recurrentes conduce, de acuerdo con la doctrina constitucional vertida hasta la fecha, a negar que la imposición del deber de escolarización a través del art. 9 LOCE, cuya efectividad ha hecho valer la jurisdicción a través de las resoluciones impugnadas en este recurso, llegue a tener *relevancia constitucional*” (STC 133/2010, FJ 6, *initio*).

sus propias consideraciones, que “esa configuración legislativa” que impone la escolarización obligatoria, *no afecta* en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE)”⁴⁴. Pero tan difícil es afirmar que la imposición de la escolarización obligatoria, *carece de relevancia constitucional* o que, sin más, *no afecta* a los derechos educativos de los padres que, no obstante esas tajantes afirmaciones, no puede dejar de reconocer el mismo TC que, en efecto, la escolarización obligatoria lleva consigo una *restricción* de esos derechos. Por eso insistirá no tanto en negar que tal restricción se dé, como en tratar de demostrar que esa restricción tiene un peso mínimo⁴⁵, que no sólo estaría legitimada sino aun exigida por determinados preceptos contenidos en el mismo artículo 27 de la Constitución, se atiende asimismo a las exigencias del principio de proporcionalidad, y esto con que simplemente el derecho afectado no resulte “*completamente desconocido*”⁴⁶, según parece bastarle al alto Tribunal.

4.3.1. Según el Tribunal Constitucional, la imposición de la escolarización obligatoria no está, según reconoce, exigida, pero tampoco, según sostiene, prohibida en la Constitución.

El propio Tribunal reconoce que la Constitución no confunde enseñanza básica obligatoria con escolarización obligatoria⁴⁷ y por eso resulta especialmente descorazonador que, en último término, llegue a dar por buena la legislación que establece tal confusión.

Según los propios términos del TC, en efecto:

*“El art. 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatoria”*⁴⁸

Paladinamente reconoce el TC que:

“ésta --la de la escolarización obligatoria-- no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su

⁴⁴ “Según se ha comprobado, --leemos ya en los últimos momentos de la STC tantas veces citada-- esa configuración legislativa *no afecta* en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida *proporcionada* que encuentra justificación en la satisfacción de *otros principios y derechos constitucionales* (art. 27.1 y 2 CE)” (STC 133/2010, FJ 9, inicio). Resulta sin duda llamativo que esa resuelta afirmación de que la imposición de la escolarización obligatoria “*no afecta* en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres” la haga el TC después de haberse esforzado en ofrecer sus consideraciones precisamente para sostener la viabilidad constitucional y la proporcionalidad de la *restricción* que experimentan en este caso tales derechos, lo cual no parece que permita decir que la norma de que se trata *no les afecta, sin más* y cuando, inmediatamente después admite la posibilidad de que en efecto *sí les afecte* (por más que sea en un grado, según el propio Tribunal quiere, proporcionado y, en último término, constitucionalmente inobjetable).

⁴⁵ Tal restricción, se nos dirá, debe ser relativizada (FJ 8), no es manifiestamente excesiva (Ibidem), no resulta desproporcionada (FFJJ 7 y 8) y constituye, en suma, un límite constitucionalmente viable (e.s., FJ 7). El conjunto de todas esas manifestaciones “*minimizadoras*” del peso de esa restricción no supe con el impacto que, acumuladas, puedan producir en la “*sensibilidad*” de algunos la fortaleza argumentativa que un examen riguroso de las consideraciones correspondientes podrá echar de menos.

⁴⁶ STC 133/2010, FJ 8, c.

⁴⁷ Cf. *supra* la tesis n.4 en el apartado “Dieciocho tesis sobre educación y escolarización”.

⁴⁸ STC 133/2010 FJ 7, a.

régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial”⁴⁹.

Por todo lo cual, evidentemente y en términos, una vez más, del propio TC:

*“a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica...”*⁵⁰.

No obstante, en último término, el legislador, a juicio del TC, podrá optar por una configuración del sistema que excluye la posibilidad de alternativas dotadas de esa flexibilidad de la que se hablaba. Los términos son inequívocos al respecto:

*“la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados –y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción– lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político”*⁵¹.

Por eso --y así quedaría sintetizada la posición del TC al respecto--, aunque la Constitución *no precise* que la enseñanza obligatoria (CE 27.4) deba configurarse como un período de escolarización obligatoria, ***“no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un periodo de escolarización de duración determinada”***⁵².

4.3.2. En todo caso, el Tribunal Constitucional no corrige la confusión entre enseñanza básica obligatoria y escolarización obligatoria en que incurren otros órganos judiciales o las mismas leyes.

Según la posición sostenida por los órganos judiciales que han dictado las resoluciones sometidas al alto Tribunal en el caso al que se refiere la STC 133/2010⁵³, posición de la que éste toma nota, sin criticarla en ningún momento, “ningún padre puede negar a sus hijos el

⁴⁹ STC 133/2010, FJ 9.

⁵⁰ Entre esa otras posibles opciones estaría la de la homeschooling, si bien, en ninguna de ellas, advierte el mismo Tribunal, podrá dejarse de dar “satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE), así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)” (STC 133/2010, FJ 9). Con esta observación que puede parecer innecesaria por obvia y, por lo mismo, expresión de una arraigada desconfianza ante opciones nuevas más libres, viene, por otra parte, a reconocer el TC que no es imposible dar cumplida satisfacción a esa finalidad fuera del ámbito educacional “escolarizado”. Lo cual es importante si se tiene en cuenta que a veces el TC parece entender que la imposición de la escolarización se justifica por la necesidad de asegurar el logro de esa finalidad que a la educación marca el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución.

⁵¹ STC 133/2010, FJ 7

⁵² STC 133/2010 FJ 9. Por otra parte, no deja de ser admirable que se haga aquí referencia al legislador con la calificación de *democrático* (que, se supone, viene a funcionar como epíteto, al que no se recurre con frecuencia) precisamente en relación con opciones sobre las que cabe preguntar con fundamento si son las que más favorecen el pleno ejercicio de los democráticos derechos fundamentales en juego.

⁵³ La Audiencia Provincial de Málaga que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín.

derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación” y “la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art. 27.1 CE), no sólo por los beneficios que reporta a los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de los grados y las titulaciones”⁵⁴.

Y ante las leyes educativas que incurren en esa misma confusión el TC no sólo no entra a corregirlas en ese punto sino que se ocupará, como ante la que establece la escolarización obligatoria, y según aquí exponemos ampliamente, en dejar a salvo la adecuación de esa *imposición* a las previsiones constitucionales.

4.4. Consideración y crítica de las presuntas razones en las, según el Tribunal Constitucional, encontraría fundamento la viabilidad constitucional de la imposición legal de la escolarización obligatoria.

Si, por una parte, la Constitución, según el TC, ni impone ni prohíbe la escolarización obligatoria y, por otra, la escolarización no deja de suponer una restricción del ejercicio de determinados derechos fundamentales, parece preciso justificar que el legislador haya optado por la escolarización obligatoria, esto es, por menos libertad, cuando la Constitución permitía haber optado por más libertad, esto es, por una regulación de la Educación en la que se hubiera dado cabida, en concreto, a la opción de enseñanza básica “en casa” sin escolarización. Y para el TC, en efecto, esa configuración del sistema (que lleva consigo la escolarización obligatoria) resultará “*constitucionalmente inobjetable*” ya que: a) por una parte, es una de las que el legislador puede adoptar “en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde *en virtud del principio de pluralismo político*”⁵⁵; y, por otra, b) atiende a otras expresas “*determinaciones constitucionales*” contenidas asimismo en el artículo 27 de la Constitución.

Hemos, pues, de considerar a)-cómo puede el pluralismo político amparar decisiones que más bien, por el contrario, parecen desatenderlo; -b) qué preceptos constitucionales y cómo pueden justificar una opción (la escolarización obligatoria) que la Constitución no quiso imponer y que no es precisamente inocua para derechos fundamentales. Veamos.

4.4.1. La imposición de la escolarización obligatoria y el margen de “libre apreciación política del legislador en virtud del pluralismo político”⁵⁶.

Es evidente, en todo caso, que el pluralismo político (CE 1) no puede amparar posiciones que entren en pugna con el propio sistema democrático de derechos y libertades fundamentales al que responde la Constitución. El margen del pluralismo consagrado por nuestra Constitución no es tal, obviamente, que pueda llegar a albergar opciones inspiradas en una concepción totalitaria del Poder como sin duda lo sería la que le atribuyera la condición de Maestro supremo de ciudadanía, cual si el Estado estuviera revestido de una especie de

⁵⁴ “En esencia, ambos órganos judiciales argumentan, por un lado, que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que derivan del mandato constitucional de enseñanza obligatoria (art. 27.4 CE) y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art. 27.1 CE), no sólo por los beneficios que reporta a los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de los grados y las titulaciones” (STC 133/2010, FJ 1, *initio*).

⁵⁵ STC 133/2010, FJ 7

⁵⁶ STC 133/2010, FJ 7, a.

“soberanía educativa” y les compitiera a los poderes públicos unos derechos y deberes educativos preferentes por encima de los que corresponden en particular a los padres en relación con sus propios hijos. Una mentalidad estatista inveteradamente arraigada en amplios sectores de la sociedad española explica la ausencia de toda alarma y la facilidad con que se acepta sin discusión esa condición magisterial del poder o, en todo caso, las competencias de éste para decidir regulativamente la educación de todos sin la debida consideración para los derechos fundamentales en juego y, en particular, para el de los padres, a los cuales los poderes públicos se considerarían legitimados --y en el parecer de muchos ciudadanos, efectivamente, lo estarían-- para *suplantárles* a la hora de decidir cómo se educan sus hijos.

De esa mentalidad cabe ver manifestaciones en todos los estamentos y niveles de la sociedad. El que la aspiración educativa en la sociedad española haya sido durante siglos la de proporcionar a todos la escuela y el que sea todavía reciente el pleno y aun sobrado logro de ese ansiado objetivo puede explicar que todavía una amplia mayoría de ciudadanos, entre los que ocupan un lugar destacado los políticos y quienes forman parte de la Administración pública, vean con naturalidad un intervencionismo educativo de los poderes públicos inadmisibles para una mentalidad sanamente democrática. Lo que en un momento concreto era una exigencia de progreso --la oferta de la escolaridad a todos-- pasa a ser un quiste reaccionario cuando como imposición se convierte en impedimento para continuar el progreso, el avance en la cada vez más plena realización de la libertad. Eso es lo que supone de hecho hoy la imposición de la escolarización en cuanto impide el recurso a otras vías que pueden ser de hecho las óptimas en determinadas circunstancias y de acuerdo con preferencias por las que, en todo caso, tienen los ciudadanos derecho a optar.

4.4.2. La imposición de la escolarización obligatoria ante otras diversas “determinaciones constitucionales”⁵⁷.

Si los padres que optan por la *homeschooling* invocan el derecho a hacerlo que creen tener reconocido en determinados preceptos constitucionales, el TC se remitirá a “otras determinaciones constitucionales” al tratar de fundamentar que la imposición legal de la escolarización obligatoria no sólo es constitucionalmente admisible, “viable” sino aun exigible.

Para dar por constitucionalmente admisible la esa *imposición* habrían de aducirse razones de peso proporcionado a la gravedad de una media que, como ésta, puede afectar al “contenido esencial” (CE 53.1) de los fundamentales derechos y libertades educativos de los educandos y de sus padres. Y no parece que tengan de modo indiscutible ese peso los argumentos que ofrece el TC para justificar ese actual régimen de escolarización obligatoria.

A juicio de éste, en efecto, la configuración legislativa que impone semejante régimen de escolarización:

⁵⁷ Según en TC, “la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en *otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE*” (STC 133/2010, FJ 7, primer párrafo; v. también FJ 8, inicio) o, con expresión equivalente, a estos efectos, “*otros principios y derechos constitucionales*” (FJ 9).

-“se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben “garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE);

-responde a la previsión de que asimismo los poderes públicos “inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes” (art. 27.8 CE);

-y, por lo que aquí más interesa, --añade-- encontraría su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación (y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste), “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE)”⁵⁸.

Ahora bien: el caso es que queda sin probar que la escolarización obligatoria haya de considerarse *a priori* o en abstracto y con carácter general, necesaria-imprescindible o aun siquiera mejor que otra opción (en concreto, la educación “en casa”):

-ni para que los poderes públicos garanticen a todos el ejercicio del derecho a la educación mediante una programación de la enseñanza (27.5 CE),

-ni para que inspeccionen, homologuen el sistema educativo y garanticen el cumplimiento de las leyes (art. 27.8 CE),

-ni para que esos mismos poderes aseguren que la educación en España, cualquier tipo de educación en España, tenga por objeto “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE).

¿Acaso el modelo de *educación en familia* o de *educación en casa (homeschooling)* hace imposible a los poderes públicos satisfacer la exigencias constitucionales antes indicadas? Una cosa es que los poderes públicos deban crear las condiciones y ofrecer las prestaciones necesarias para que nadie se vea impedido de ejercer plenamente su derecho a la educación y otra muy distinta que ese deber les legitime para imponer a todos el uso de unos concretos particulares medios frente a otros que pueden, dadas las circunstancias, ser no ya educativamente válidos, sino aún más eficaces y más respetuosos o, en determinados casos, los únicos respetuosos con las libertades fundamentales.

Quienes optan por proporcionar a sus hijos la educación básica *en familia* o *en casa (homeschooling)* no sólo no rechazan ni impiden que los poderes públicos lleven a cabo una programación general de la enseñanza que garantice a todos el ejercicio del derecho a la educación (CE 27.5) sino que, por el contrario, la mayoría de ellos aceptaría de grado y aun desea que esa programación general integre y regule la modalidad de la *educación en casa* sin escolarización precisamente como garantía del más pleno ejercicio de su libertad y derechos educativos; ni rechazan la adecuada inspección y homologación (CE 27.8) y, en modo alguno, ponen en cuestión que la educación, en efecto, ha de ordenarse al “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”, según lo establecido en el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución.

Por otra parte, cuando se considera que la enseñanza escolarizada es la mejor para que los poderes públicos –la Administración- lleven a cabo las tareas que puedan corresponderles

58 STC 133/2010, FJ 7 a.

a la luz de determinadas previsiones constitucionales no puede olvidarse que jamás puede aceptarse restricción alguna en el ejercicio de derechos ciudadanos fundamentales *simplemente por hacerle más fácil a la Administración la realización de sus cometidos*, como, p.e., el de la inspección educativa.

Tampoco, obviamente, puede aceptarse sin más el supuesto de que la educación impartida en régimen de escolarización consiga de manera más satisfactoria (y mucho menos que sea la única que consiga de cualquier modo) los fines a los que debe ordenarse la educación, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución, precepto al que dedicamos más abajo una especial atención, dadas la virtualidad y exigencias que se le atribuyen desde instancias teóricas estatistas y el mismo TC parece reconocer en él.

4.4.3. La restricción de derechos que lleva consigo la imposición de la escolarización y el principio de proporcionalidad.

Después de haber sentado una concepción de los derechos educativos de los padres que puede decirse manifiestamente reductiva y tras haber minimizado el impacto restrictivo que sobre éstos produce la escolarización obligatoria, al TC no le ofrece ninguna dificultad afirmar que esa restricción se atiene a las exigencias del principio de proporcionalidad.

“Además de encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE, *la imposición de la escolarización obligatoria no genera una restricción desproporcionada del derecho alegado*, tal y como este canon de control de la constitucionalidad de los límites a los derechos fundamentales ha sido interpretado por este Tribunal (recientemente, STC 60/2010, de 7 de octubre, FF JJ 9 y 12 y ss)⁵⁹.”

Según esa propia doctrina a la que el TC se remite, una posible restricción del ejercicio de un derecho no resulta desproporcionada o, en otros términos, se atiene a las exigencias del principio de proporcionalidad si se satisfacen tres condiciones: a) que la medida sea *idónea* o *adecuada para la consecución de los fines que persiguen*; b) que la medida sea *necesaria* por no haber otras menos restrictivas igualmente eficaces; c) y, de acuerdo con el sentido estricto de proporcionalidad, *que no haya una desequilibrio patente y excesivo* o “irrazonable” entre el grado de satisfacción de los fines que se persiguen y el alcance de la restricción a la que se someten los principios y derechos constitucionales afectados⁶⁰.

Y para el TC, en el caso de la restricción de derechos que pueda entrañar la imposición de la escolarización, ésta satisface todas esas exigencias del principio de proporcionalidad.

⁵⁹ STC 133/2010, FJ 8.

⁶⁰ “En primer lugar, la medida debe ser idónea. En segundo lugar, la medida debe ser también *necesaria*, de tal manera que no resulte evidente la existencia de medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales que resultan limitados... Y, finalmente, la medida debe ser *proporcionada en sentido estricto*, de modo que no concurra un “*desequilibrio patente y excesivo* o irrazonable” ... entre el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro” (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 9).

a) La *idoneidad* de la escolarización para conseguir los fines que debe perseguir la educación, no la negarían siquiera quienes rechazan su imposición legal ⁶¹. Pero, a este respecto, cabe decir que esto no bastaría para imponer esa escolarización, si otras formas de educación no-escolarizada pueden conseguir igualmente esos fines.

b) En cuanto a la *necesidad* de la escolarización, el TC la acepta sin ambages ya que, según manifiesta, los fines de la educación (que no se reducen a la mera transmisión de conocimientos, sino que comprenden el “libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales”) se alcanzan “más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización”⁶². Frente a esto, sin embargo, no es necesario, podemos decir, un notable ejercicio de imaginación para pensar que “el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran” puede estar incluso mejor garantizado en el escenario familiar e interfamiliar en el que los partidarios de la *homeschooling* la desarrollan, que en el ambiente escolar en cierto modo artificialmente aislado donde la convivencia no es precisamente intergeneracional. Las ventajas socializadoras de la enseñanza escolarizada no constituyen un supuesto que haya de aceptarse acrítica, dogmáticamente: puede y debe ser discutido. Y en ese sentido, no parece que se pueda sentenciar, sin más, que esa enseñanza escolarizada es necesariamente más eficaz que la *homeschooling* para alcanzar todos los fines de la educación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución.

c) En cuanto a la *proporcionalidad propiamente dicha o estricta*, y como señalan los partidarios de la *homeschooling*, “las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho [no son] superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza”, teniendo en cuenta que en él “los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada”⁶³. El TC, sin embargo, rechaza que esto sea así por una serie de razones que están expuestas a fáciles consideraciones en contra.

Así, p.e., es cierto que la educación no se reduce a la transmisión de conocimientos, como el TC acertadamente se considera obligado a recordar. Ahora bien, el que los recurrentes hubieran insistido en la calidad de la transmisión de conocimientos dentro de la modalidad de *homeschooling* tiene su explicación en que es de esa transmisión de la que más fácilmente podría temerse que no quedara debidamente atendida en esa modalidad educativa, dada la necesidad de muy diversos conocimientos especializados en quienes han de atender la dimensión instructiva de la educación. Pero esto en ningún modo supone que mediante la *homeschooling* no se atiendan debidamente los demás fines formativos que a la educación le atribuye el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución. Es más: cabe señalar que la razón por la que los recurrentes no habrían insistido en ellos ha podido ser la convicción de que son esos otros fines los que precisamente mejor puede lograr la educación exclusiva en familia (*homeschooling*). Aún más: esos otros fines formativos en el orden personal, moral, social, cívico-democrático son justamente aquellos respecto de los cuales son posibles diversas concepciones al amparo de las libertades ideológica y religiosa reconocidas en el artículo 16

61 STC 133/2010, FJ 8, a.

62 STC 133/2010, FJ 8, b.

63 STC 133/2010, FJ 8 c.

de la Constitución. Y supuesta la legítima pluralidad educativa que respecto de esos fines puede darse en uso de las indicadas libertades, no sólo no puede darse por supuesto que se consiguen mejor en un régimen de escolarización obligatoria, sino que puede, desde la óptica constitucionalmente legítima de determinados padres, considerarse que por la vía de la escolarización obligatoria se consiguen menos eficazmente y aun que no pueden en absoluto conseguirse, como ocurriría en un sistema en el que el régimen de escolarización supusiera la imposición de determinadas particulares opciones antropológicas contrarias a las convicciones de los padres correspondientes y a las libertades fundamentales afectadas. No se puede aceptar esa presunta superioridad educativa del régimen de escolarización obligatoria en relación con ese tipo de fines, cuando hay que ver precisamente en la discrepancia sobre el modo como se entienden esos fines en el régimen de escolarización una de las razones más poderosas por las que determinados padres pueden preferir la *homeschooling* para sus hijos.

4.4.4. La tensión interna de la STC 133/2010 y la necesidad de llenar una laguna normativa.

No deja de ser significativo que, después de su denodado empeño por salvar la constitucionalidad de la imposición legal de la escolarización obligatoria, el TC no pueda dejar de volver a reconocer que “*a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir [y aun, según creemos, habría que decir que es obligado incluir] otras opciones legislativas [distintas, se entiende, de la que impone la escolarización obligatoria] que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, ...*”⁶⁴. Sin embargo, [dirá por último] la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo” (STC 133/2010, FJ9).

Ante lo cual cabe respetuosamente recordar que, si en efecto, el TC no podría entrar a establecer positivamente los términos de una posible regulación alternativa que, entre otras cosas, respondiera a la opción de la *homeschooling*, podría y, a nuestro juicio, debiera, haber señalado la necesidad de que el legislador procediera a esa regulación en cuanto necesaria para dar hacer efectivamente posible el más pleno ejercicio de los derechos educativos fundamentales en juego y, en concreto, los de los padres.

Obviamente, señalar esa exigencia hubiera supuesto aceptar que en la actual configuración del sistema educativo hay en estos momentos *una laguna* al respecto en cuanto se guarda absoluto silencio respecto de esas otras posibilidades que la ley no sólo puede legítimamente acoger, sino que está obligada a integrar mediante la correspondiente regulación positiva.

Lo cierto es, sin embargo, que difícilmente podría llegar a esa conclusión una Sentencia en la que se empieza por negar tajantemente que exista esa laguna denunciada como tal por los demandantes y que el mismo ministerio fiscal admitiría⁶⁵ y que va, toda ella,

⁶⁴ Si bien, como añade, “sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)” (STC 133/2010, FJ 9, penúltimo párrafo).

⁶⁵ Para el Ministerio Fiscal, “el art. 27 CE no impide la práctica denominada “homeschooling”, o enseñanza en el propio domicilio, en relación con la cual nos encontraríamos, además, ante un *vacío legal*,...” (STC 133/2010, Antecedentes, 10). El TC, en todo caso, afirmará con toda seguridad que: “pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los

encaminada a fundamentar la inobjetable constitucionalidad de una norma que, al imponer la escolarización obligatoria, relega cualquier otra fórmula al ámbito de lo prohibido y a quien la adopte a la condición de simple y seguro infractor de la ley. Resulta, en todo caso, inocultable la fluctuación con que el Tribunal se mueve en este caso entre las claras exigencias de unos ineludibles derechos fundamentales y la fuerte inclinación a reconocer a los poderes públicos un papel difícilmente conciliable con aquéllos.

5. Examen especial del apartado 2 del artículo 27 de la Constitución: ¿Qué alcance tienen las responsabilidades y competencias educativas que hayan de atribuirse a los poderes públicos en virtud de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Constitución?

5.1. *La lectura estatista-paternalista del artículo 27.2 de la Constitución.*

Como hemos indicado desde el primer momento, según el alcance que algunos atribuyen al artículo 27.2 de la Constitución, la educación sería ante todo, si no exclusivamente, incumbencia de los poderes públicos, en virtud del mandato que a ellos dirigiría (aunque no los menciona) el citado precepto constitucional. Sería, según esa lectura, a los poderes públicos, a quienes correspondería de modo directo la responsabilidad de asegurar que, en efecto, la educación responda a la finalidad que según el 27.2 CE debe tener

recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador” en “la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación..., vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida” Y, por lo mismo, “la conducta de los padres ... consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal integrado, además, en la patria potestad- que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. *No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase*” (STC 133/2010, FJ 4, b). A este respecto permítasenos señalar lo siguiente: El mero hecho de la existencia de una norma que se dice reguladora de una determinada materia (p.e., derechos y deberes educativos) no basta para dar por supuesto que han quedado normados todos los elementos constitutivos o relevantes de esa determinada materia y que, por tanto, ésta se encuentra regulada sin laguna alguna o que **no** hay una parte, un aspecto relevante, de la materia no cubierto por la norma y que, por lo mismo no hay en esa norma vacío alguno, un hueco, una laguna. No basta la mera existencia de tal norma, si resulta que un elemento o sector de la materia regulada queda sin más totalmente desatendido, ignorado, como si no existiera, bien por la vía del total silencio, bien por la negación indirecta, de su existencia, en cuanto se establece como única vía posible la que, en la realidad de las cosas, no es toda o sola la realidad que ha de tenerse en cuenta sino que constituye sólo una alternativa frente a otra u otras. Así, por ejemplo, el hecho de que la norma establezca como única vía de adquisición de la enseñanza básica obligatoria la escolarización obligatoria durante unos años a unas determinadas edades, no permite decir que no hay una laguna normativa respecto de otra alternativa, como la de la “educación en familia” cuando ésta ni siquiera es considerada para ser expresamente negada. Siendo esto así, cabría entender, como ocurre en la historia de la legislación tantas veces, que ese silencio no puede interpretarse como negación sino sólo como expresión de que, en el momento de dictarse la normativa de que se trata, eso no regulado ni siquiera constituía una opción real, fácticamente dada o deseada. O dicho de otro modo: si la normativa no regula X porque en el momento de dictarse la normativa no se daba X, esto no significa que, después de plantearse X como opción real, fáctica, deba continuar la norma sin pronunciarse sobre ella ni siquiera negativamente. *Una vez que X constituye un elemento real, fáctico, importante en el determinado campo al que se refiere la norma, el que la norma persista sin mencionar siquiera X pasa a constituir una evidente laguna normativa*. No se puede decir que no hay laguna normativa por el hecho de que la norma ignore la realidad de unos elementos o aspectos de la realidad de la que quiere ser regulación, por el simple hecho de que la norma ignore (y en ese sentido niegue) esos elementos o aspectos. *Precisamente ese silencio, desatención o ignorancia de la norma respecto de esos elementos o aspectos constituye una laguna normativa*. Así el hecho de que la normativa educativa no tome nota siquiera de la opción educativa de la *homeschooling* y ésta, por lo mismo, permanezca sin regulación no permite sostener que no hay laguna normativa al respecto *sin incurrir en una petición de principio* puesto que lo que hay que discutir (ésta era la cuestión que se planteaba) es si esa opción debe o no ser reconocida como legítima y regulada. A modo de conclusión: *No puede darse tal cuestión por resuelta por el hecho de que al regular la materia a la que pertenece “la cosa” de que se trata, ésta no haya sido tenida en cuenta. Hay que discutir si el no estar considerada esa realidad en la normativa constituye o no precisamente una laguna, para lo cual, a su vez, hay que discutir antes si debe o no ser tenida en cuenta y regulada.*

por objeto. Y esto sólo podrían garantizarlo los poderes públicos si se les reconocen unos derechos, se les encomiendan unas responsabilidades y se les confieren unas competencias que les legitimarían para, entre otras cosas, establecer normas mediante las cuales imponer a todos un determinado tipo de educación o determinados elementos de obligada inclusión en cualquier tipo de educación, desde materias concretas, de cualquier orden, incluido el moral o religioso, hasta exigencias de tipo procedimental y organizativo, como, por ejemplo, la escolarización obligatoria. Según esa lectura del artículo 27.2 CE, los poderes públicos estarían no ya legitimados sino obligados a desempeñar un papel educativo tan preponderante que puede llegar a ahogar el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y, en particular, los fundamentales derechos educativos de los padres. Esta lectura, si se tienen en cuenta las posiciones y mentalidad de quienes la sostienen, podría objetivamente etiquetarse como estatalista-paternalista⁶⁶. Quienes consideran que ese artículo (27.2 CE), donde se define la educación democrática, constituye un mandato especial a los poderes públicos, parecen pensar, si atendemos a sus mismas manifestaciones, que sólo los poderes públicos pueden asegurar que la educación se ordene al pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Y no deja de ser motivo de seria preocupación que tal pueda parecer también, si se atienden las consideraciones vertidas en su tantas veces ya aquí citada Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, la postura del propio TC.

5.2. El “mandato” del 27.2 CE en la STC 133/2010.

Entre las “determinaciones constitucionales” que, según el TC, amparan y aun exigen la actual imposición legal de la escolarización ocupa un lugar especial el artículo 27.2 en cuanto, por una parte, determina los fines que debe perseguir en todo caso la educación y, por otra, a la vez dirige a los poderes públicos el mandato de que garanticen la consecución de esos fines. Y esto en conexión con el mandato, contenido en el apartado 4 del mismo artículo 27 CE, de que la enseñanza básica sea obligatoria. Y ya hemos señalado cómo normas infraconstitucionales, pero con el alto rango de ley orgánica, identifican esa enseñanza obligatoria con escolarización obligatoria. Aunque el propio TC no incurre esa confusión, justifica la imposición legal de la escolarización en cuanto ésta constituye el modo, por el que puede legítimamente optar el legislador, de garantizar más eficazmente el logro del complejo objeto que el art- 27.2 CE marca a la educación.

Según sus términos expresos, el TC considera que la configuración legislativa en la que se impone la escolarización como obligada vía para la enseñanza básica obligatoria, “se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben “garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE),...⁶⁷. “La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, --añadirá el TC-- a un proceso de mera transmisión de conocimientos... sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos...y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una

⁶⁶ No deja de ser significativo que a los defensores académicos de esa lectura no les haya parecido necesario pergeñar una explicación de por qué siendo a los poderes públicos a los que se dirige tan decisivo mandato como el que, según ellos, se les impone en el artículo 27.2, no se mencione a tales poderes, cuando tan frecuentemente lo hace la Constitución, como, por ejemplo, dentro del propio artículo 27, en cuatro de sus restantes apartados: 3, 5, 8 y 9). Siempre les cabe decir que los constitucionalistas pudieron pensar que mencionar esos poderes era rebajar el grado de evidencia con que allí reduce la referencia a ellos...

⁶⁷ STC 133/2010, FJ 7, a.

sociedad plural... en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros...”⁶⁸. Y es ese “objetivo complejo y plural” asignado a la educación en el art. 27.2 CE el que han de perseguir “el legislador y todos los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación” y el “*mandato*” de consecución de dicho objetivo es justamente “el *principio constitucional* al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria...” Ese “*principio*” no sólo constituye una “*directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador* (arts. 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación (art. 27.1 CE)”⁶⁹.

Resultará así que, aun frente al derecho que puedan invocar los padres y, en concreto, frente al que les reconoce el apartado 3 del mismo 27 CE, “la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el *mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE* y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo (STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 2 in fine)”⁷⁰.

Por encima, pues, de cualquier otra consideración, ha de asegurarse, según el TC, “la satisfacción del *mandato* que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE”⁷¹. Y esto, viene a decir el mismo TC, ninguna medida alternativa a la escolarización obligatoria⁷² podrá garantizarlo⁷³.

Ante lo cual surge la tentación de pensar que para éste, no sólo es a los poderes públicos a los que, al menos, en primer término se les encomienda y ordena en el 27.2 CE garantizar a todos el ejercicio del derecho a la educación, sino que son éstos los que mejor pueden asegurar el logro de los objetivos de la educación como si tales poderes gozaran de una especial competencia y capacidad que a estos efectos les permitiera conocer con más claridad, profundidad y ecuanimidad que cualesquiera otros agentes educativos, incluidos los padres, los medios idóneos y necesarios y como si esa superior clarividencia les legitimara para imponerlo, entre ellos, p.e., la escolarización obligatoria...

En los términos en que el TC parece entender el mandato que el art. 27.2 CE dirigiría a los poderes públicos y las competencias de las que habría de conjeturarse que éstos se encuentran dotados para cumplir tal mandato, sería difícil dejar a salvo el debido respeto a derechos fundamentales meridianamente afirmados de modo expreso en la misma Constitución. Parecería que por la vía de interpretación del art. 27.2 se quisiera atribuir al

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ STC 133/2010, FJ 7, b.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ “Por lo demás, --añade el TC-- el TEDH ha reconocido que la apreciación de que estos objetivos no pueden “ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar [...] no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos” (Caso *Konrad v. Alemania*, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, nº 35504/03)”. Pero que no sea errónea esa apreciación no significa --advirtamos nosotros-- que sea una verdad incontrovertible...

⁷² Como, p.e., la *homeschooling sometida a control periódico*, medidas, como las que, según señalan los demandantes en el caso al que responde la STC 133/2010, pueden encontrarse en legislaciones de países de nuestro entorno, pues “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” (STC 133/2010, FJ 8, b.)

⁷³ STC 133/2010, FJ 8, b.

poder público en Educación un papel que no parece conciliable con el que de manera inequívoca corresponde a los agentes educativos preferentes y, en concreto, a los padres respecto de sus hijos.

A la vista de todas estas consideraciones, resulta sin duda cuestión de importancia decisiva y manifiestamente ineludible la de determinar el alcance que objetivamente ha de atribuirse al artículo 27. 2 CE y, en particular, al mandato que pueda verse dirigido a los poderes públicos en este precepto constitucional, en una interpretación sistemática democrática que deje a salvo precisamente “los derechos fundamentales y las libertades públicas”, cuyo respeto, según la literalidad de ese mismo precepto, debe asegurar en todos la educación.

5.3. *Artículo 27.2 CE: una definición teleológica de educación y un mandato dirigido también a los poderes públicos.*

Recordemos en primer lugar el tenor del ya tantas veces citado precepto constitucional, que, literalmente, establece: “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”. Esos términos, en su más obvio e inmediato sentido, no hacen sino, acertadamente, reproducir la que podemos considerar *definición teleológica* de la educación, de la educación democrática, contenida en el art. 26.2 de la Declaración de Derechos Humanos (ONU, 1948). Lo cual no excluye que esos términos definatorios contengan a la vez un sentido imperativo. Y, ciertamente, en el futuro “tendrá” del art. 27.2 CE⁷⁴ ha de verse el imperativo –el mandato-- de que *la educación, cualquier tipo de educación, en España* responda a las exigencias contenidas en esa definición, de tal modo que el modelo educativo que las contradiga resultará manifiestamente inconstitucional. Será, en efecto, inconstitucional --y los poderes públicos no podrán consentirlo-- cualquier modelo o tipo de educación que no se ordene al “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Pero, si cabe afirmar que el art. 27.2 CE contiene un “mandato”, será preciso advertir que tal precepto *manda* de modo inmediato y en términos generales cuál ha de ser el objeto (objetivo, fin último) al que ha de ordenarse cualquier tipo de educación que se imparta en España, pero *no manda*, no dispone, en modo alguno quiénes hayan de impartirla ni a través de qué particular opción educativa concreta, entre las diversas constitucionalmente legítimas, haya de alcanzarse ese objetivo.

⁷⁴ Al igual que en las expresiones correspondientes que otras lenguas utilizan en ese mismo artículo **26.2: Education shall be directed** to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship among all nations, racial or religious groups, and shall further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.- “ **L'éducation doit viser** au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix.- “**L'istruzione deve essere indirizzata** al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace.- “**Die Bildung muß** auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und auf die Stärkung der Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten **gerichtet sein**”.

En otros términos: el mandato que quepa ver en el art. 27.2 CE ha de entenderse referido de modo inmediato al *qué* de la educación (al objeto y contenido general común de la educación en España) y no a quiénes hayan de impartirla o puedan intervenir, bajo uno u otro título, en el desarrollo efectivo de la actividad educativa. Dicho de otro modo, ese mandato del 27.2 CE recae de modo inmediato *sobre el objeto, pero no sobre los sujetos* de la educación.

Ahora bien: en cuanto quepa ver en el art. 27.2 CE también un mandato indirecta o mediatamente referible a agentes educativos no puede en modo alguno entenderse dirigido *exclusiva ni aun preferentemente* a los poderes públicos, sino a cuantos de uno u otro modo, bajo títulos diversos y desde varias consideraciones, han de ser tenidos por sujetos responsables de la acción educativa. Sin duda ese mandato supone exigencias y competencias, derechos y facultades, muy distintas en los muy diversos sujetos a los que puede entenderse dirigido (los educandos mismos, sus padres, profesores, agentes sociales varios, poderes públicos en las diversas áreas de actividad y de la Administración, etc.). En todo caso el mandato que pueda verse implícitamente dirigido a los poderes públicos en el 27.2 CE no altera el cuadro de derechos y deberes educativos de los diversos sujetos que intervienen en la educación.

No es el posible mandato dirigido a los poderes públicos en relación con la educación el que marca el alcance de los derechos y deberes educativos de los ciudadanos, sino estos derechos y deberes los que determinarán el alcance que pueda legítimamente reconocerse a ese mandato, dentro de una interpretación sistemática de la Constitución y del marco fundamental democrático, de derechos fundamentales y libertades públicas que ésta establece.

5.4. *¿Qué exige de los poderes públicos y a qué les faculta el art. 27.2 CE?*

Así, pues, en lo que respecta a los poderes públicos, el mandato que cabe ver *implícitamente* dirigido *también* a ellos en el art. 27.2 CE no les supone ni confiere derechos, competencias, facultades, responsabilidades distintas de aquellas de las que ya estén dotados y haya de reconocérseles en virtud de otros preceptos pertenecientes al bloque de la constitucionalidad⁷⁵.

De acuerdo con lo cual ha de decirse que, en virtud de ese mandato a los poderes se les exige: *-positivamente*, que creen las condiciones necesarias y velen para que cualquier tipo de educación que se desarrolle en España responda a las exigencias que marca ese precepto; y *-negativamente*, que impidan el desarrollo de cualquier modelo educativo que no satisfaga esas exigencias.

Pero con toda seguridad ese precepto constitucional (art. 27.2 CE) ni manda ni permite a los poderes públicos que sean ellos los que lleve a cabo directamente la acción educativa. *El poder público no es un poder magisterial*. Tampoco les manda ni permite que impongan a todos una determinada opción, de acuerdo inevitablemente con una particular concepción antropológico-moral. No sólo no puede leerse en el tenor del art. 27.2 de la Constitución un mandato para que los poderes públicos actúen de ese modo, sino que ese mismo precepto, puesto en relación con otros de la misma Constitución (16.1; 27.1 y 3; 10.2 CE) tajantemente lo impiden.

⁷⁵ Obviamente, ninguno de esos preceptos puede suponerse que alteren las exigencias contenidas en las previsiones constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas. A este respecto téngase presente lo dispuesto en el artículo artículo 53.1 CE sobre regulación de derechos y libertades fundamentales.

Donde encontramos un mandato clara y expresamente dirigido a los poderes públicos es en el apartado 3 del mismo art. 27 CE, cuyo tenor no deja lugar a dudas: “*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*”. Sorprende que quienes tan claro ven en el apartado 2 del artículo 27 un mandato dirigido a los poderes públicos (mandato, en todo caso, *implícito* y necesitado de interpretación), olviden tan fácilmente el mandato que, éste sí de modo explícito, dirige la Constitución a esos poderes en el siguiente apartado, el 3, de ese mismo precepto, en los términos inmediatamente antes transcritos. Y es tanto más extraño ese silencio sobre tal mandato cuando tan claro está igualmente que en él ha de verse, en todo caso, un límite *explícito* a las actuaciones que en el ámbito de la educación hayan de llevar a cabo los poderes públicos en virtud del *implícito* e indefinido mandato que pueda dirigirles el apartado 2 del repetidamente citado artículo 27 CE.

Resulta así, de todo lo anterior, que no sólo no es necesario que los poderes públicos impongan un única determinada opción como único modo de asegurar que la educación se ordene en todos los casos al pleno desarrollo de la personalidad dentro del respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, sino que *es justamente el respeto a estos derechos y libertades el que no consiente en absoluto que los poderes públicos lleven a cabo ese tipo de imposición educativa*.

6. Legitimidad de la pluralidad de tipos de educación aun en relación con los llamados valores comunes.

Un breve análisis del contenido de la misma definición de educación que establece la Constitución en su tantas veces mencionado art. 27.2 pone de manifiesto que los poderes públicos deben abstenerse de cualquier actuación que impida o aun simplemente restrinja de modo desproporcionado el ejercicio de la libertad educativa de todos los ciudadanos. Advertamos, en efecto, que si bien la educación ha de ordenarse al pleno desarrollo de la *personalidad*, la Constitución, acertada y afortunadamente, se abstiene de establecer un concepto de personalidad que supondría un concepto de persona. Pues sobre la persona son muy diversas las concepciones que pueden sostenerse con plena legitimidad constitucional en virtud del ejercicio de la libertad ideológica (de pensamiento) y religiosa proclamada por la misma Constitución (art- 16.1), así como, en consecuencia, muy diversos los modelos o tipos de educación por los que, en correspondencia con esas diversas concepciones de la persona, pueden legítimamente los ciudadanos optar en uso de su libertad educativa, ideológica, religiosa... (CE 27.1 y 3). Nada más contrario, pues, a los derechos y libertades fundamentales que la imposición de un tipo único de educación a todos los ciudadanos.

Y esto es así aun en relación con aquellos valores que suelen decirse comunes y que serían, en todo caso el presunto objeto fundamental de la educación que deben asegurar los poderes públicos, a través de entre otros medios, disciplinas como la denominada “educación para la ciudadanía”. Por eso hay que preguntar qué es lo común en los valores comunes. “Sin duda son comunes las fórmulas, enunciados, términos con que coincidimos en afirmarlos como valores y cabe decir que es esa coincidencia la que en efecto permite decir que unos determinados valores son comunes”⁷⁶. Pero cabe añadir que a eso se reduce lo común de tales valores. Porque “tan pronto se entra a desentrañar el contenido de esos valores, establecer su

⁷⁶ González Vila, Teófilo, “¿Qué es lo común en los *valores comunes* predicados por el Supremo en el caso *EpC*? Nunca es lícito adoctrinar”, en *Alfa y Omega* N° 630, de 26-II-2009.

fundamentación, determinar su alcance, se hace inevitablemente presente la pluralidad ideológica, religiosa, axiológica, moral, antropológica, etc. Baste pensar en el derecho fundamental a la vida humana: cuán distinta fundamentación y cuán distinto alcance le reconocen, por un lado, quienes consideran que en determinados supuestos determinadas personas tienen derecho a privar de la vida a otras y, en el lado opuesto, quienes no admitimos supuesto alguno en que pueda tenerse por lícito privar de la vida a un ser humano (cualquiera sea el momento, prenatal o terminal, en que se encuentre su existencia y con independencia de que sea o no inocente de cualquier delito). Pensemos asimismo, valga otro ejemplo, en el valor *igualdad*, sin duda incluido entre los comunes, y cómo hay quienes la invocan para presentar como exigidas por éstas normas, actuaciones, *políticas*, con las que otros, por el contrario, consideramos que salen maltrechas precisamente la igualdad, la justicia y, en ocasiones, la pura lógica. También, pues, en referencia a los valores que se dicen comunes -esto es un hecho innegable- se hace presente la pluralidad y también en este caso ha de ser respetada, en cuanto resultado y expresión de la libertad ideológica y religiosa (CE 1.6).

La aportación *específica* de la escuela a la educación en valores comunes no puede reducirse al mero aprendizaje de los enunciados de éstos y de las normas que los reconocen, sino que consiste precisamente en fundamentarlos y en determinar su alcance y exigencias. Y esa tarea no puede llevarse a cabo, en cada caso, sino desde la propia particular concepción a la que responde el modelo educativo que se desarrolle legítimamente en ejercicio de las libertades ideológica, religiosa y de enseñanza (CE 16.1 y 27, 1,2 y 3)⁷⁷. Para algunos, al parecer, en relación con esos valores que se dicen comunes, la pluralidad ideológica no presentaría ningún problema, ya que esos valores no son otros que los reconocidos-establecidos como tales por las normas jurídicas positivas. Ahora bien, esto es incurrir en un manifiesto radical positivismo jurídico que entra en pugna con la propia Constitución en cuanto ésta se remite al «contenido esencial» (CE 53.1) de los derechos fundamentales como a algo anterior a la ley, algo que la ley no *pone* sino que debe respetar⁷⁷.

7. La falacia de lo común.

Con la concepción positivista según la cual hay valores comunes y éstos son los que pone-impone como tales a todos la Ley, el Poder, el Estado, se corresponde la concepción laicista-estatista de la enseñanza cuyo supuesto-clave --y dogma fundamental-- es el de que esa *formación común de todos en lo común* no es posible desde ninguna opción particular y, por lo mismo, debe quedar confiada a la única instancia imparcial, común a todos y garante de lo común, el Estado. La educación, se nos dirá, ha de ser a todos común y esto quiere decir es laica, en cuanto lo laico es, de acuerdo la misma etimología de este término, lo propio de todo el pueblo, lo común a todos los integrantes del *laos*. Y para asegurar que lo es ha de ser estatal, ya que, según el supuesto-clave –dogma fundamental-- en el que se asienta esta concepción laicista-estatista de la escuela, no es posible educar en lo común desde una opción particular. Y a muchos tal supuesto puede ciertamente presentársele revestido de una cautivadora “evidencia”. Por eso es preciso ponerlo en cuestión: ¿Es verdad que no se puede educar en lo común desde una opción particular?

La respuesta comprende dos momentos. Es cierto, concedamos en primer lugar, que no es posible educar en unos determinados valores, comunes o no, desde una opción

77 González Vila, Teófilo, *ibidem*, así como “Aconfesionalidad, laicidad y laicismo. Una clarificación necesaria”, en Domingo Moratalla, Agustín (coord.), *Ciudadanía, religión y educación moral*, PPC, Madrid, 2006, pp. 49-100 (especialmente pp. 80-96).

educativa determinada por una concepción ideológica que niega esos valores. Pero, en un segundo momento, hemos de afirmar con toda seguridad que no sólo es posible educar en los valores comunes desde opciones educativas particulares (p.e., kantiana o cristiana), sino que sólo es posible hacerlo desde una opción particular. Y eso por la sencilla e incontrovertible razón de que no es posible ninguna opción real sino particular ⁷⁸. “Tras el Estado, único presunto educador universal e imparcial, no puede haber sino personas concretas inevitablemente marcadas por sus ideas particulares y no puros “funcionarios” educadores que actúen como agentes *desencarnados*, de ese absoluto y supremo imparcial educador-Estado. Si eso fuera posible, estaríamos, por hipótesis, justo ante la *imposición* de una doctrina y, por lo mismo, ante una manifiesta violación de la libertad ideológica, religiosa y de conciencia. En suma, esa pretensión de una enseñanza oficial *común sin mezcla de particularidad alguna* es innecesaria, imposible y, de ser posible, sería antidemocrática”⁷⁹.

Podemos decir que con las anteriores consideraciones quedaría invalidado el argumento último con que podría pretenderse fundamentar la legitimidad del Estado para actuar como maestro universal y único de ciudadanía. Es un hecho, sin embargo --y no podemos ignorarlo-- que para quienes se enfrentan a este tipo de cuestiones lo primero no es la argumentación sino la toma de posición. Y desde ninguna concreta posición aceptarán quienes la sostienen que pueda ser destruida por argumentos elaborados en el espacio cerrado de cualquier de las otras posiciones. Ahora bien, en todo caso, es posible señalar la congruencia, la compatibilidad, de una posición teórica, ideológica, doctrinaria, con determinados principios y valores. En este caso, debe resultar clara la incompatibilidad entre el reconocimiento de los derechos y libertades proclamadas en nuestra Constitución y una concepción que atribuya a los poderes públicos legitimidad en la imposición de unas concretas opciones en materias que son justamente y por definición el campo específico en el que han de ejercitarse los derechos y libertades constitucionales.

Teófilo González Vila

⁷⁸ “Los valores comunes sólo pueden hacerse realidad encarnados, para cada uno de nosotros, en la carne y sangre de su vida real, en un aquí y un ahora cultural inesquivables, sin los cuales, sencillamente, no soy. Si afirmamos la existencia de valores universales, bien en cuanto defendemos que valen en sí para todos (universalidad objetiva), bien --para quien se instale en una universalidad rebajada (fáctico-estadística-consensuista)--, porque son efectivamente reconocidos como válidos por todos en un determinado universo, lo que está claro es que esos valores no se realizan ni pueden realizarse jamás “desencarnados”. No existe el universal desencarnado. Los valores comunes sólo, pues, pueden realizarse encarnados en la concreción del *humus* en el que realmente vivo, sin que, por otra parte, esto signifique que no los *sepa* a la vez válidos para todos.- Quien pretende que es posible una educación en lo común “desencarnado”, pretende en realidad, adviértalo o no, identificar con esa presunta opción asépticamente universal la propia particular opción encarnada (en diversos sentidos de este término) que se define por la exclusión de cualquiera otra opción particular. Es, p.e., el mismo error --cuando sea sólo un error-- de quien pretende identificar la postura general de neutralidad religiosa del Estado respecto de todas y cada una de las opciones particulares ante lo religioso con la particular opción, negativa, de quien propugnan que todas las demás opciones sean eliminadas o, en todo caso, excluidas del ámbito de lo público. Esta opción particular ante lo religioso es la opción laicista y no deja de ser particular porque sea negativa. No es lo mismo no-profesar-religión-alguna (en lo que consiste la postura *general* de neutralidad religiosa del Estado) que profesar-el-no-a-cualquier religión (que es la opción particular laicista). Siendo esto así, no sólo es legítima posibilidad, sino exigencia que hay que respetar y riqueza que hay que celebrar la pluralidad de modelos educativos, pluralidad que puede y debe encontrar su expresión y realidad no sólo en la existencia de escuelas distintas de las que tienen por titular a un poder público, sino también en la diversidad de orientaciones que puede tener, la “idiosincrasia” que puede revestir, la enseñanza que se imparte en cada uno de los centros que se llaman públicos. Con este ideal se conecta la propuesta de una escuela pública no-estatal, esto es, pública y comunitaria [Gómez Llorente y Mayoral, V., *La escuela pública comunitaria* (Madrid, Laia, 1981) pp.73, 104, 82, 88 y 84, respectivamente], escuela que, aunque a muchos les parezca esto sorprendente, puede situarse bajo el concepto de escuelas o *centros de iniciativa social*” (González Vila, Teófilo, “Escuela pública y escuela privada”, en *Acontecimiento* nº 73, 2004/3, Año XX pp. 56-59).

⁷⁹ González Vila, Teófilo, “Laicidad y laicismos aquí y ahora”, en *Communio*, Revista Católica Internacional de Pensamiento y Cultura, Nº 3-Invierno 2006, *Madrid, enero, 2007*. pp. 9-32, p. 21.

Madrid y junio de 2011