

EDUCAR EN CASA (*HOMESCHOOLING*) EN ESPAÑA: PASADO, PRESENTE Y FUTURO

Gregorina Fuentes Bajo
Universidad Autónoma de Madrid

Abstract: This Bulletin is intended to provide a legislative, doctrinal and jurisprudential panoramic about the right to education in relation to the *Home-schooling*. Almost all references are structured within the limits of Spanish legal System, tracking all the works of our authors, seeking to find solutions that allow some sort of recognition for teaching family developed by parents who want this type of education for their children.

Keywords: Right to Education, State, parents, children, schooling, parental rights, interest of the child, ditched family, homeschooling, religious beliefs, ideological beliefs and educational interest.

Resumen: En este Boletín se pretende ofrecer una panorámica legislativa, doctrinal y jurisprudencial acerca del derecho a la educación en relación al fenómeno del *homeschooling*. Casi todas las referencias están estructuradas dentro de los límites del ordenamiento jurídico español, rastreando todos los trabajos de nuestros autores que pretenden buscar soluciones que posibiliten algún tipo de reconocimiento a la enseñanza desarrollada en familia por aquellos padres que desean este tipo de educación para sus hijos.

Palabras clave: Derecho a la educación, Estado, padres, menores, escolarización, patria potestad, interés del menor, abandono, homeschooling, creencias religiosas, convicciones ideológicas y pedagógicas.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Derecho a la educación y su formulación jurídica en España.- 2.1. La Constitución española de 1978.- 2.2. Desarrollo legislativo español.- 2.2.1. Normativa autonómica.- 2.3. Normas internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos.- 2.4. Normas Europeas.- 2.4.1 El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Tratado de Roma de 1950).- 2.4.2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.- 3. Sujetos del derecho a la educación.- 3.1. Los menores.- 3.2. La función de los padres en relación a la educación de los hijos.- 3.3. La posición del Estado.- 3.3.1. La escolarización obligatoria.- 3.3.2. Conse-

cuencias de su incumplimiento: a) Ámbito penal.- b) Ámbito civil.- c) Las objeciones de conciencia.- 4. Educación en casa o en familia.- 4.1. Aparición del *Homeschooling* en España.- 4.2. Problemas detectados en la educación en casa o *Homeschooling*.- 4.3. Aportaciones del derecho comparado.- 4.3.1. Países anglosajones.- 4.3.2. Países continentales europeos.- 5.- Tratamiento jurisprudencial del *Homeschooling* y otras excepciones al deber de escolarización.- 5.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- 5.2. Jurisprudencia española.- 5.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.- 5.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.- 5.2.3. La Jurisprudencia de los Tribunales inferiores. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En este momento resulta de sumo interés ofrecer en este Boletín el estado de la cuestión en relación al fenómeno del *homeschooling*, por dos razones, fundamentalmente. En primer lugar, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de Diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)¹, que establece el marco dentro del que debe desarrollarse el derecho a la educación. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la doctrina se ha pronunciado recientemente, con interesantes propuestas², acerca de la posibilidad de ampliar el margen de reconocimiento de los derechos educativos de la familia³, dentro de ese marco legislativo⁴.

¹ BOE, nº 295, Sec. I, pág. 97858

² El carácter emergente del *Homeschooling* nos ha proporcionado una amplia literatura sobre el tema, hasta tal punto de que hasta la fecha se han celebrado varios Congresos en el seno de la Universidad. En Octubre de 2010, la Fundación Interamericana “Ciencia y Vida” y la Universidad Cardenal Herrera CEU, de Valencia, celebró el I Congreso Nacional sobre Educación en Familia. Las ponencias de los intervinientes tuvieron un carácter eminentemente jurídico. En Noviembre de 2011, se celebró el II Congreso Nacional y I Internacional de educación en Familia-*Homeschooling*, organizado por la Universidad de Navarra (*Campus* de Pamplona), donde tuvieron cabida madres *homeschoolers*, y también juristas, como MASCARÓ ROTGER, Laura, vinculada hasta hace poco tiempo a ALE, con la ponencia *Consecuencias de la falta de un asesoramiento adecuado previo a la desescolarización* o GOIRIA MONTOYA, Madalen, con la ponencia *La flexibilización educativa: lo mejor de dos mundos (entre escolarización y homeschool)*; o la intervención de Juan Carlos VILA, Director de la CONCLARA *School de España, Conclara School. 10 años de experiencias de apoyo a distancia a las familias que eduquen en casa en España*. El carácter internacional, el pluralismo y la transversalidad de los temas fueron sus notas distintivas.

³ En este sentido el trabajo coordinado por BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid 2014, donde aglutina una serie de valiosas aportaciones de distintos autores, tanto juristas como especialistas en temas pedagógicos, expresivo de las ponencias e intervenciones de los participantes del III Congreso Nacional sobre la Educación en Familia, *Homeschooling. Ampliando derechos*, celebrado en la Universidad Complutense de Madrid los días 29 y 30 de noviembre de 2012.

⁴ GOIRIA MENDOZA, Madalen, *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*. Tirant lo Blanch, 2014.

Se trata, por tanto de ofrecer una panorámica sistematizada de la doctrina actual sobre el *homeschool*, lo que necesariamente nos lleva a integrar diversos aspectos del derecho genérico que lo regula, el derecho a la educación, subrayando aquellos aspectos del mismo que sustentan o contradicen las expectativas de aquellos que defienden la educación en familia. Respecto de esta cuestión habría de hacer dos salvedades. En primer lugar que la referencia bibliográfica, será, fundamentalmente, española, dado que la problemática relacionada con la educación en casa depende en gran medida del ordenamiento jurídico de cada Estado. Esto no impide que se hagan incursiones por el derecho comparado, en la medida en que pueda ayudar a encontrar posibilidades de reconocimiento a situaciones que, por su número, empiezan a cobrar importancia en nuestro país. Por otro lado, hay que subrayar que la bibliografía encontrada, de manera casi unánime, es favorable al fenómeno *homeschool* y a la posibilidad de encaje en nuestra legislación.

Otro tanto cabe decir del repertorio legislativo y jurisprudencial. Fundamentalmente haremos referencia al derecho y jurisprudencia españoles o incorporados a nuestro ordenamiento por los mecanismos constitucionales previstos.

Las aportaciones de sectores distintos de los propiamente jurídicos, que nos aclaran algunos aspectos pedagógicos⁵ o el estado real de la situación, especialmente los que provienen de colectivos o familias que practican la educación en casa, presentan connotaciones reivindicativas. Rechazan el sistema educativo estatal, por razones de distinta naturaleza, defendiendo otros modelos educativos que, difícilmente, transitan por un entramado legislativo y judicial que no les es del todo favorable.

2. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU FORMULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

La primera regulación de la enseñanza en España tiene lugar por la Ley de Instrucción Pública de 1857, conocida como ley Moyano⁶. Con anterioridad, la enseñanza se impartía a los menores en las casas particulares por preceptores, si la economía de los padres o tutores podía permitirlo. La libertad de enseñanza se concretaba, además, en que los que tenían medios económicos suficientes y disposición para ello podían crear una escuela, redactar sus propios estatutos y establecer el contenido de las materias que en dichos establecimientos habrían

⁵ CABO GONZÁLEZ, Carlos, *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Tesis doctoral, 2012. Accesible en el Sitio web de Carlos Cabo.

⁶ La ley de Bases de 17 de julio de 1857, en su base tercera determina, tras dividir la enseñanza en primera, segunda y superior, que la primera podrá adquirirse en las escuelas públicas y privadas de primeras letras y en el hogar doméstico. Curiosamente este sería el marco legal óptimo para la situación actual.

de impartirse⁷. Esta circunstancia hizo posible que en esa época, se asentaran en España distintas Órdenes y Congregaciones religiosas católicas dedicadas a la enseñanza, unas veces por decisión de estas instituciones o llamadas y financiadas por particulares. En esta época, con escasa preocupación y participación del Estado, nuestro país alcanzaba altos índices de analfabetismo.

La segunda República da un giro importante en materia de enseñanza, estableciendo que la cultura es una atribución esencial del Estado⁸ que va a materializarse en la imposición de la enseñanza primaria como obligatoria y gratuita, además de laica, en todos los niveles. La docencia será impartida por un profesor funcionario. Quedando prohibido, por expreso mandato constitucional, a las Órdenes y Congregaciones religiosas el ejercicio de funciones docentes⁹.

Durante la época franquista la regulación de la enseñanza en España estaba imbuida de la ideología propia del sistema político instaurado tras la Guerra Civil y la acusada confesionalidad católica del régimen. Por tanto, la educación, se considera como un derecho del Estado, de la Iglesia y la familia. De esta época son las primeras leyes parciales que regulan los distintos ámbitos de la enseñanza¹⁰. La Enseñanza Primaria sería obligatoria, gratuita y diferenciada y sería impartida, en los centros públicos por docentes que integraban el Cuerpo de Magisterio Nacional Primario. Las escuelas eran de diversos tipos: Nacionales, de la Iglesia, de Patronato o privadas.

Al final de esta etapa política aparece la Ley 14/1970, de 4 de Agosto¹¹, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (LGE), cuyo autor sería el Ministro José Luis VILLAR-PALASÍ. Aunque la ley es preconstitucional estuvo parcialmente en vigor hasta 1990. En esta época es la primera ley que aborda una reforma educativa en profundidad con tintes más liberales y flexibles. Mantuvo como obligatoria la escolarización hasta los 14 años durante el período de la Educación General Básica (EGB)¹².

2.1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

La Constitución española en su art. 27¹³ establece las bases para regular el ámbito educativo español. La redacción de este amplio precepto, que sigue muy

⁷ GIL DE ZÁRATE, Antonio, *De la instrucción pública en España, vol. I*, Oviedo, 1995, edición facs. de la de Madrid, 1855.

⁸ Constitución de 1931, Título III, Cap. 2º, art. 48.

⁹ Constitución de 1931, art. 26, 4º.

¹⁰ Ley de Instrucción Primaria de 1939. Ley de Ordenación de la Enseñanza Media de 1953, reformada en 1967, influenciada por la celebración del Concilio Vaticano II (1962-65)

¹¹ BOE, nº 187, de 6 de agosto de 1970, p. 12525 y ss.

¹² BRIONES MARTINEZ, Irene, *Análisis de la Ley Orgánica de mejora de la calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia*, en *Educación en Familia*, cit. P. 40.

¹³ C.E., art. 27: 1. *Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La*

de cerca los imperativos del art. 26 de la DUDH, se produce dentro del clima de consenso que presidió la elaboración de nuestra Constitución¹⁴.

Dentro del precepto constitucional regulador de las libertades en materia educativa, hay que subrayar el reconocimiento de un amplio espectro de derechos dirigidos a los discentes, padres o a aquellas personas o entidades que deseen crear centros docentes. El precepto constitucional subraya, además, la función del Estado en cuanto garante de que el derecho de libertad de enseñanza sea real y efectivo¹⁵.

Hay que puntualizar algunos extremos respecto al contenido del derecho de libertad de enseñanza en tanto debe ser entendido sistemáticamente en el contexto del resto de los preceptos constitucionales, pero diferenciándolo del derecho de libertad religiosa e ideológica del art. 16 de la CE, al que no se puede equiparar¹⁶. A pesar de la extensa formulación del art. 27, respecto del *homeschool*, se ha manifestado insuficiente para generar una interpretación jurisprudencial que posibilitara su reconocimiento¹⁷, dando lugar a una interesante producción doctrinal dirigida a encontrar respuestas a las demandas de un elevado número de padres seguidores de este sistema educativo.¹⁸

2.2. DESARROLLO LEGISLATIVO ESPAÑOL

A pesar de que la Constitución ha adoptado una amplia fórmula, que ha permitido al legislador ordinario un amplio margen de desarrollo de los planes educativos, la falta de consenso y la incapacidad de sustraer estas materias del

educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que está de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales.

¹⁴ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Los derechos educativos de los padres sobre la educación de sus hijos según la Jurisprudencia de TEDH, y la "enseñanza en casa"*, en *Educación en familia*, cit., p. 254.

¹⁵ EMBID IRUJO, Antonio, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1983, libro de referencia comúnmente citado por todos los especialistas en el tema.

¹⁶ REDONDO GARCÍA, Ana M^a, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria: (integración educativa intercultural y "homeschooling")*, Madrid, 2003, pp. 157 y ss.

¹⁷ MORENO ANTÓN, María, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor*, Madrid, 2007. Vid. de la misma autora, *La educación en casa y el art. 27 de la Constitución en la doctrina del TC*, en *Educación en familia... cit.*, p. 217; MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, *Análisis de la sentencia 133/2010 del TC*, en *Educación en familia*, cit. p. 245.

¹⁸ CANALDA GONZÁLEZ, Arturo, Ex Defensor del Menor nos lleva facilitando datos al respecto en estos últimos años. Calcula que debe haber unas 2000 familias *homeschoolers*, lo que hace presumir que al menos 5000 niños siguen la educación en familia. Su última aportación, *La protección del menor y la educación en familia*, en *Educación en familia... cit.*, pp. 21 y ss.

debate político ha tenido como resultado el hacerlas depender de las mayorías parlamentarias, convirtiéndolas, en consecuencia, en opciones de partido. Especialmente, aquellas medidas que tienen un mayor componente ideológico y que han sido incapaces de negociar, decepcionando a todos los miembros de la comunidad educativa¹⁹ y generando profusa regulación en la materia. Es evidente la necesidad de un pacto educativo entre las principales fuerzas políticas, aunque no parece que esté entre sus prioridades.

Un interesante análisis sobre las leyes que regulan el derecho a la educación España lo ofrece Irene BRIONES MARTÍNEZ²⁰ desde la ley de 1970 hasta la LOMCE de 2013, donde se confirma lo manifestado antes. Ya en la etapa democrática, y durante el Gobierno de la UCD se aprueba la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares²¹, menos extensa que las leyes posteriores, de sólo 5 años de vigencia y que fue recurrida por el PSOE, dando lugar a un pronunciamiento del TC²² de considerable influencia en materia educativa. Estuvo en vigor cinco años.

Durante la siguiente etapa del gobierno socialista se legisló en diversas ocasiones sobre materias educativas, LODE²³, LOGSE²⁴, LOPEG²⁵. Ya en la época del gobierno del Presidente Aznar, en el año 2000, se reguló una vez más la enseñanza con la LOCE²⁶. La misma tónica sigue en el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero (LOE)²⁷ y el popular de Rajoy (LOMCE)²⁸.

¹⁹ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, *Dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español*, en *Educación en familia ...*, cit. p. 89.

²⁰ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *Análisis de la LOMCE*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 40-43.

²¹ LOECE, Ley Orgánica 5/1980, BOE, nº 154.

²² STC 5/1981, de 13 febrero.

²³ Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio reguladora del derecho a la educación. BOE de 4 de julio. Se amplía la escolarización obligatoria a los 16 años y mejoró en parte la docencia al reducir el número de alumnos por clase de 40 a 25. Al respecto de esta ley también se pronunció el TC 77/1985, de 27 de junio.

²⁴ Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que cedió competencias a las Comunidades Autónomas en materia de gestión de los centros educativos y la potestad de establecer un porcentaje significativo de los contenidos curriculares. Reconoció la educación especial y permitió la creación de los centros concertados, que suponen la financiación con fondos públicos a centros de iniciativa privada de tendencia ideológica.

²⁵ Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes, vigente hasta el 24 de mayo de 2006. BOE, nº 278. Destinada a justificar la utilización de fondos públicos a los centros concertados, obligándoles a admitir, en detrimento de su autonomía, a alumnos que constituyen minorías sociales.

²⁶ Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la enseñanza. Se intenta introducir una asignatura denominada *Sociedad, Cultura y religión*, que se inspiraba en dos informes de la UNESCO de 2001: *La educación encierra un tesoro* y *Cultura religiosa para los hombres del mañana*. En este tema también estaba influida por el Documento Final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre Educación Escolar, *Libertad de Religión, de Convicciones, la Tolerancia y la no Discriminación*. Hay que decir que esta asignatura nunca entró en vigor por la llegada de la LOE.

²⁷ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. BOE nº 106. Vigente hasta la entrada en vigor de la LOMCE. En materia de la enseñanza religiosa implanta la oferta obligatoria, con carácter

Aunque proceden con significativas reformas en la enseñanza y planes de estudio, vamos a señalar aquellas características en las que coinciden. La escolarización en todas ellas es obligatoria²⁹, se respeta el derecho a la libertad religiosa, regulando la enseñanza de la religión, en primer momento solo se contempla la enseñanza de la religión católica para integrar más adelante la enseñanza religiosa de las Confesiones con acuerdo. Se crearon centros concertados y se ampliaron las competencias de la Comunidades Autónomas en materia educativa.

En ese sentido podemos concluir que sistema educativo español ofrece un amplio espectro de opciones, que intenta satisfacer el derecho de los padres a elegir un tipo de educación para sus hijos acorde con sus propias convicciones o creencias religiosas. Así junto a los centros públicos escolares, que deben orientar sus enseñanzas dentro del pluralismo y neutralidad requeridos, aparecen otros centros privados, creados al amparo del artículo 27,6, que pueden ser ideológicamente caracterizados. En gran medida los centros privados gozan de acuerdos de concertación con el Estado, que los subvenciona con fondos públicos. Estos centros concertados ofrecen un gran número de posibilidades para los padres, en la medida en que los centros concertados acogen fundamentalmente idearios religiosos, propiciarán el que los padres escojan la opción religiosa que desean. La LOMCE incluso reconoce a la educación diferenciada como opción constitucional la posibilidad de concertar con el Estado³⁰.

En el sistema educativo español tienen cabida los colegios extranjeros junto a otros que ofrecen las enseñanzas a través de métodos pedagógicos propios³¹.

voluntario para los padres, no sólo para Iglesia católica, sino también para las Confesiones religiosas mayoritarias con acuerdo. Junto a estas enseñanzas crea una ética de valores comunes llamada Educación para la Ciudadanía. El desarrollo legislativo de la misma, fuertemente ideologizado según numerosos padres de alumnos, dio lugar a numerosas controversias doctrinales y a una variopinta jurisprudencia de los Tribunales Españoles, casi zanjada por Tribunal Supremo.

²⁸ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, en *Análisis de la Ley Orgánica de Mejora...* cit., en el apartado *Claves, objetivos y medidas en la vigente Ley de Educación en España. LOMCE*, pp. 43-64, ofrece un valiosísimo análisis sobre la misma, que sobradamente ilumina a cualquier estudio en la materia.

²⁹ El RD 806/1993, de 28 de marzo, BOE nº 149, que tiene su origen en la LOGSE, sobre el régimen de los centros escolares extranjeros establecidos en España, especialmente los artículos 3-8. A los centros se les exige que cumplan los requisitos constitucionales del art. 27. Se reconocen los estudios en ellos realizados, siempre que se hayan tenido en cuenta la lengua y cultura españolas o las de las comunidades Autónomas en donde estén implantados. Al no decir nada sobre la escolarización en estos centros, habrá de entenderse como válida la enseñanza no presencial en aquéllos que lo admitan.

³⁰ MORENO BOTELLA, Gloria, *Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro*, en RGDCDEE, 20(2009); STS de 23 de enero de 2013.

³¹ Expresivos de la Institución Libre de Enseñanza y del Instituto Escuela, como el Colegio Estudio; obra personal de Josefina Aldecoa, Colegio Estilo o Centros de Educación como los *María Motesori* o los *Centros Educativos Waldorf*.

En relación a la educación no presencial, y por tanto la posibilidad de reconocimiento del *homeschool*, la que pueda vincularse a los colegios extranjeros reconocidos que lo permitan en sus planes docentes, solo queda el CIDEAD³², que consiste en una oferta educativa basada en un modelo abierto de formación a distancia virtual, apoyado en las Tecnologías y la Comunicación. Tras las reformas de 2013³³, casi ha quedado reducida a casos de fuerza mayor. Está dirigido a menores en edad escolar, de 6 a 12 años que sean residentes en el extranjero, de nacionalidad española; residentes en el extranjero que hayan iniciado, con anterioridad, estudios reglados españoles o residentes en España que, por causas excepcionales (pertenecer a familias de vida itinerante, o dedicarse a actividades especiales: danza, música, deportes, etc.) no puedan asistir a un centro ordinario. En estos casos, el alumno deberá contar con las autorizaciones del Director de CIDEAD y de la Administración Educativa correspondiente. En esta última regulación no se contemplan los supuestos de alumnos con necesidades especiales y junto al hecho de que se exijan estas dos autorizaciones, los padres *homeschoolers* se temen una interpretación restrictiva que deje fuera de este sistema a distancia a sus hijos menores.

2.2.1. Normativa Autonómica

La Circular de la Junta de Andalucía de 2009, desoye los planteamientos y aspiraciones de los padres que pretenden educar en casa, no teniendo en cuenta el informe del Defensor del Pueblo Andaluz, que entiende que los casos de educación en casa no pueden subsumirse en aquellos otros de abandono o absentismo escolar³⁴.

En el País vasco, el Decreto 230/2011, del 8 de Noviembre, conocido con el nombre de BALORA, por el que se aprueba el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, también aplicable a las situaciones de abandono, en los servicios sociales, municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la CAV³⁵.

³² Centro para la Innovación y Desarrollo de la Educación a Distancia, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

³³ Requisitos para la matriculación recogidos en la convocatoria de matrícula para el curso 2014-15. En estos casos los estudiantes habrán de ser autorizados por la correspondiente autoridad educativa y la Dirección del CIDEAD.

³⁴ Acerca de la educación en el hogar la Consejería Andaluza entiende: "*que las necesidades formativas de los menores van más allá de la propia influencia familiar y de los propios contenidos que pudieran trabajarse en el domicilio, ya que están muy relacionados con las habilidades, destrezas y capacidades que cada individuo, a través de la interacción social y personal desarrolla y configura en los distintos contextos de aprendizaje que nos ofrece el ámbito escolar*".

³⁵ En 2011, el gobierno vasco puso en marcha el Proyecto experimental *Nidos familiares*, dependiente de la Consejería de Empleo y Políticas sociales, para el cuidado de niños en el domicilio de sus cuidadoras. El Proyecto se abandonó por falta de partida presupuestaria y las presiones de las

Cataluña elaboró la Ley 12/2009, de 10 de julio de educación³⁶. El art. 55, 7, respecto de la educación no presencial establece que el Departamento debe crear y regular un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de educación no presencial en Enseñanzas de educación básica. En relación con el absentismo escolar existe un plan para la mejora de la escolarización diseñado para Barcelona, con referencias expresas a la educación en casa³⁷.

2.3. NORMAS INTERNACIONALES: LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Por la fecha en que fue adoptada y proclamada³⁸, se opta por un fortalecimiento y respeto de los derechos fundamentales, donde el derecho a la educación no podía ser obviado³⁹. La DUDH, aunque con una penetración más oscura que las normas derivadas de los tratados internacionales, según el art. 10 de la CE tiene un valor interpretativo en materia de derechos fundamentales. Por algunos se interpreta este precepto como una advertencia al Estado, que no puede decidir en materia educativa nada que no contemple el desarrollo de la personalidad, el respeto de los derechos humanos o la tolerancia. El párrafo tercero reconoce el papel preferente de los padres a la hora de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, sin aclarar si se refiere a las creencias religiosas o convicciones ideológicas o debe atenderse a las pretensiones pedagógicas que

escuelas Infantiles. En Navarra se reguló la existencia de *Casas Amigas* en 2006, llegando incluso a financiarse en 2008 y 2012. Hoy se ha convertido en una Asociación, se someten a inspecciones pero no reciben ninguna subvención.

³⁶ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *La educación y libertad religiosa en Cataluña*, en RGDCDEE, 19(2009).

³⁷ *Pla integral de millora de l'escolarització i tractament de l'absentisme escolar de Barcelona*, de 29 de octubre de 2008, reformado en 2012. En este documento se distinguen los menores educados en casa de los niños no matriculados o desescolarizados. Para los primeros los Servicios Sociales evaluarán la situación social y familiar de los menores y especificarán si existen otros factores de riesgo además del absentismo escolar. Si no existen se proporcionarán a los padres algún tipo de educación alternativa y se informará al CEB (*Consorci Educació de Barcelona*) que valorará cada caso desde una perspectiva administrativa, al no existir una normativa clara al respecto.

³⁸ Asamblea General en su resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948.

³⁹ DUDH, art. 26: *1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.*

podieran manifestar⁴⁰. Si bien el Estado no aparece en el texto, debe sobreentenderse que será éste el que se ocupe de hacer reales y efectivas la gratuidad y la obligatoriedad para la enseñanza primaria.

En relación a las opciones de los padres a la hora de elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos, al no referirse el precepto a razones de índole moral o cualquier otro tipo de motivaciones, puede interpretarse como una posibilidad para que las motivaciones de carácter pedagógico de los padres sean atendibles⁴¹.

2.4. NORMAS EUROPEAS

2.4.1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se firma en Roma el 4 de Noviembre de 1950 (también conocido como Tratado de Roma), lo pone en marcha el Consejo de Europa para hacer efectivo, cuanto antes en el ámbito europeo los derechos y libertades propuestos en la DUDH. Es así que este documento aparece más preocupado en garantizarlos⁴² que en especificar un catálogo exhaustivo de los mismos, circunstancia por la que no se menciona el derecho a la educación de manera expresa en el texto. Es más tarde en Protocolo adicional al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, firmado en París el 20 de mayo de 1952, donde se reconoce el derecho a la Instrucción⁴³. En estos primeros textos la posición del Estado respecto al derecho a la educación aparece como desdibujada, recayendo el peso en un mayor protagonismo de los padres. Como señala MARTÍN RETORTILLO⁴⁴, no debemos olvidar que en los años en que se adoptó el Convenio Europa acababa de pasar por años de supresión de las libertades, sobre todo en aquellos pueblos donde los gobiernos emplearon todos los medios para “nazificar” a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Tras el Protocolo Adicional, el papel del Estado se reconduce a ser el garante del derecho general

⁴⁰ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Los derechos de los padres...*, cit. pp. 252-253

⁴¹ MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *Los derechos de los padres...*, cit. p. 253, lo admite con algunas reservas, por las dificultades que pueden entrañar una propuesta de educación a “la carta” por la enorme variedad de fórmulas que implica. MARTÍ SÁNCHEZ, José M^o, *Análisis de la sentencia...*, cit. pp. 236 y ss., se muestra en desacuerdo con la interpretación que del art. 26 de la DUDH se hace en la STC 133/2012, que lo reduce al ámbito de las convicciones religiosas o ideológicas del art. 27.3 de la CE, (FJ 5^o).

⁴² El CEDH crea dos órganos de garantía La comisión Europea de Derechos Humanos (que ha estado operativa hasta la entrada en vigor del Protocolo 11, en 1998) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que conoce de las violaciones de los mismos en los países que integran el Consejo de Europa.)

⁴³ Art. 2. *Derecho a la instrucción.- A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas e ideológicas.*

⁴⁴ MARTÍN RETORTILLO, *Los derechos de los padres.* cit. pp. 256 y ss.

a la instrucción de todos los ciudadanos, reconociendo el derecho de los padres a que la enseñanza de sus hijos sea conforme a sus creencias religiosas o convicciones ideológicas.

2.4.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 14 reconoce el derecho a la educación de una forma más garantista respecto del protagonismo de los padres en la formación de sus hijos menores⁴⁵, al incorporar en el texto la relevancia de las creencias religiosas y convicciones ideológicas de los padres, al mismo tiempo que sus intereses pedagógicos. Si bien se amplían las opciones de los padres en relación a la educación de sus hijos, la Carta no se impone, por sí sola en materia educativa, sino que deberá aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por la instituciones y, en todo caso, como instrumento interpretativo que presione en la dirección expansiva⁴⁶.

3. SUJETOS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

3.1. LOS MENORES

Los menores son los verdaderos sujetos y protagonistas del derecho a la educación. En torno a ellos se articula el posicionamiento del resto de partes implicadas⁴⁷. El interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, que modula, o debe hacerlo, la actividad de los poderes públicos a la hora de legislar o conocer judicialmente los casos en los que se supone que éste ha sido menoscabado⁴⁸. Su formulación jurídica parte de diversos textos internacionales, lo que por los compromisos de nuestro país hace que también la legislación española haya debido adaptarse⁴⁹.

⁴⁵ Art. 14.- *Derecho a la educación.*- 1. *Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.* 2. *Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.* 3. *Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.*

⁴⁶ MARTÍ SÁNCHEZ, José M^o, en *Análisis de la Sentencia 133/2010 del TC, sobre educación en familia, desde la perspectiva del art. 10,2 de la Constitución*, en *Educar en familia...* cit. p. 239

⁴⁷ RUANO ESPINA, Lourdes, *El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR.*, en RGDCDEE, 19(2009), p. 7 y ss.; MORENO ANTÓN, María, *Minoría de edad y libertad religiosa: estudio jurisprudencial*, RGDCDEE, 19(2009).

⁴⁸ GOIRÍA MONTROYA, M., *La opción de educar en casa. El interés superior del menor como principio rector*, pp. 239 y ss. La autora considera que es un concepto que en recientes interpretaciones trata de situar al menor como principal protagonista de sus propias decisiones.

⁴⁹ Convención de las NU sobre los Derechos del niño, ratificada en la Resolución 44/25, de 2 de noviembre de 1989 de la Asamblea General. Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de 30 de marzo de 2010, art. 24-2^o. El derecho español, siguiendo los imperativos constitucionales (art.

En todo caso debe interpretarse que el interés del menor significa siempre un límite al ejercicio de los derechos, de los todos los agentes, en juego⁵⁰.

3.2. LA FUNCIÓN DE LOS PADRES EN RELACIÓN A LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS

Debido a la falta de la edad necesaria en los menores educandos los padres asumen, también, un gran protagonismo en cuanto a la formación de sus hijos, que generan derechos y deberes de los que ellos son titulares.

La formulación jurídica de los derechos de los padres la encontramos en los textos legislativos, de distinto rango, cuando regulan el derecho a la educación. También se reconocen en aquellos otros relativos al reconocimiento del derecho de libertad religiosa⁵¹.

En cuanto al tratamiento doctrinal de su alcance, los trabajos de los especialistas son numerosos, al ser ésta la piedra angular de todos los planteamientos que puedan hacerse para un futuro reconocimiento del *homeschooling*. Dependiendo de la comprensión de los mismos, se articularán los tipos de control que pueda ejercitar el Estado acerca de este tipo de educación⁵².

La jurisprudencia ha sido más cicatera a la hora de interpretar su alcance. Con independencia de que una futura legislación amplíe el reconocimiento de los derechos de los padres, los Tribunales entienden que estos derechos se ven satisfechos con la posibilidad de elección de centro docente, acorde con sus creencias religiosas o convicciones ideológicas, dentro del sistema educativo español, o el derecho de creación de centros docentes⁵³.

39, que sanciona una garantía de protección jurídica de los menores), tuvo su desarrollo legislativo en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

⁵⁰ LLANO TORRES, Ana, *La regulación jurídica del Homeschooling ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad. Una aproximación al mundo del interés superior del niño*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 166 y ss.

⁵¹ Ley Orgánica 7/1980, de 5 julio, de Libertad Religiosa, art. 2.1c): *El derecho de toda persona a: ... elegir para sí, y los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. En consonancia con la DUDH, art. 26.3º, y los documentos internacionales en consonancia con la misma.

⁵² Sin pretender ser exhaustiva y siempre dentro del ámbito de la educación en el hogar, vid. RUANO ESPINA, Lourdes, *Objeciones de conciencia en la educación pública. El derecho de los padres a elegir para sus hijos el tipo de educación conforme a sus convicciones morales y religiosas en la jurisprudencia española*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 120 y ss. MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *Los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos según la Jurisprudencia del TEDH y la "enseñanza en casa"*, en *Educación en familia*, cit. pp. 249 7 ss.

⁵³ Me remito al apartado de Jurisprudencia de este trabajo. Cobra especial interés en la materia la reciente STC 133/2010, de 2 de diciembre (FFJJ 6º y 7º).

3.3. LA POSICIÓN DEL ESTADO

A la hora de hacer efectivo el derecho a la educación la posición del Estado cobra un especial protagonismo reflejado en nuestra Constitución. Como en casi todos los países de nuestro entorno, también en el nuestro la enseñanza constituye un ámbito fuertemente reglado por el Estado, como en el resto de las sociedades contemporáneas. Sin duda que la educación de los menores es responsabilidad primordial de los padres, pero al mismo tiempo los poderes públicos tienen también responsabilidades, así en el art. 27.4 de la CE, se afirma que la enseñanza básica será obligatoria y gratuita, por lo que el Estado será garante de la efectividad de este precepto. El derecho a la educación es para el Estado un derecho prestacional que consiste en que todos los niños tengan acceso a la enseñanza, en aras del interés de la sociedad en general y de los menores en particular⁵⁴, así como asegurar el derecho de los padres a que la educación de sus hijos sea acorde con sus creencias religiosas y convicciones ideológicas o filosóficas.

En materia educativa el Estado, todos los poderes públicos, no pueden desatender el objetivo de la educación que consistirá en el pleno desarrollo de la personalidad del menor en el respeto de de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales, asegurando la protección integral de los niños⁵⁵, cualquiera que sea su filiación.

3.3.1. La escolarización obligatoria

En el desarrollo de los mandatos constitucionales y del derecho prestacional que asumen los poderes públicos, el Estado en la regulación del ejercicio de este derecho ha decidido que el deber de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza la va a llevar a cabo mediante la técnica de la escolarización obligatoria, además de fijar unos contenidos mínimos curriculares, recogidos en las numerosas leyes que regulan el derecho a la educación⁵⁶.

El recurso a la escolarización obligatoria ha sido una técnica de garantía, del mismo modo que hubiera podido optarse por otra, o por la flexibilización de la misma, ya que las responsabilidades de los poderes públicos no decaen

⁵⁴ No todos los autores están satisfechos, LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, en *Educación en casa y crisis del Estado del bienestar*, en *Educación en familia*, pp. 99 y ss., constata la evolución desde un desinterés absoluto de Estado en materia educativa a convertirse casi en el único y legítimo administrador de la misma. El autor no comparte la idea de que únicamente exista la educación tras el paso por un centro escolar y el seguimiento de un itinerario académico oficial. Sin embargo, MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, en *Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos según la Jurisprudencia del TEDH*, y “*la enseñanza en casa*”, en *Educación en familia*, cit., pp. 249 y ss., considera que la instrucción pública es el origen de la prosperidad social.

⁵⁵ CE arts. 27, 2 y 3, y 39,2º.

⁵⁶ A tal efecto nos remitimos al apartado 2.2. *Desarrollo legislativo español*, de este mismo trabajo.

respecto de los menores, sea cual sea el ámbito en el que se dispensa la enseñanza. La escolarización obligatoria es el verdadero escollo planteado para aquellos padres que desean para sus hijos un tipo de educación alternativa. Educación e instrucción no significan, necesariamente, escolarización. Un gran número de países de nuestro entorno lo han entendido así propiciando algún tipo de reconocimiento a la educación en casa. No se trata de que el Estado se desentienda de los menores que se educan en familia. El establecer unos mecanismos de control que garanticen tanto los derechos de los padres sobre la educación de sus hijos como de los menores a su formación, debe entenderse como expresión de la legítima del Estado por asegurar el cumplimiento de los derechos en juego⁵⁷.

3.3.2. Consecuencias de su incumplimiento

a) Ámbito penal

Tanto la doctrina como la Jurisprudencia españolas, han dejado claro que el ámbito del derecho penal no es el adecuado para dirimir las consecuencias de la educación en casa, que afectan la escolarización obligatoria impuesta por la legislación española, salvo contadas excepciones. La situación en la que quedan los menores *homeschoolers* que no siguen las enseñanzas obligatorias de manera presencial, al parecer no afecta a la obligación de los padres de educar a los hijos, deber integrante de la patria potestad⁵⁸, ya que la función educativa se ejerce en el seno del hogar, sino al fenómeno omisivo de no llevar a su hijo a un centro donde se imparta la educación oficial y reglada.

Se cuestiona la identificación del *homeschooling* con el delito de abandono de menores, que significa el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, entre los que se encuentra la educación de los hijos menores, agravándose especialmente en aquéllos supuestos en los que se haya puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual⁵⁹.

La realidad de la educación en casa no puede subsumirse en el tipo objetivo del delito de abandono⁶⁰. De hecho la jurisprudencia cuando trata del delito de abandono de menores, conoce de supuestos muy distintos a los que se dan en la educación en casa, ya que una interpretación sistemática apunta a delitos o

⁵⁷ NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y Ley*, cit. p. 242. BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *Análisis de la LOMCE y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia, La inescindible unión entre escolarización y educación en España*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 85 y ss.

⁵⁸ Art. 154 del Código Civil.

⁵⁹ Arts. 226, 229 y 230 del Código Penal.

⁶⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, en *Consecuencias penales de la educación en casa*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 146 y ss., nos ofrece un interesante estudio de las posibles consecuencias penales para los padres *homeschoolers*, en relación con los distintos tipos penales en los que pueden incurrir, abandono o delito de desobediencia.

ilícitos contra las relaciones familiares que deben respetar la *ultima ratio* del Derecho Penal, su aplicación cuando única y exclusivamente el ordenamiento jurídico carezca de otros mecanismos de solución. En relación al caso de abandono de menores y la educación en casa, no estamos hablando de niños desatendidos o abandonados, sino de niños cuidados o atendidos, aunque sea de distinta forma.

Desde un punto de vista subjetivo, se ha negado la tipicidad del delito, al carecer de dolo intencional, si bien la jurisprudencia se plantea que, por parte de los padres, podría ser alegado error de prohibición, para lo que se requiere que los padres sepan que no están escolarizando al menor, que lo saben, sino que la desescolarización supone un delito de abandono. Pero dado que el grado de información de estas familias, en el caso de prosperar el alegato del error, éste sería considerado como vencible⁶¹.

Se conecta la negativa a escolarizar a los menores tras una orden judicial con los delitos contra el orden público⁶². En este caso para que se considere delito, deberá ser una desobediencia grave. Pero tampoco la falta de desobediencia podría subsumirse en este tipo cuando se habla de incumplir la orden de escolarizar. No puede convertirse en ilícito penal por la vía indirecta de la desobediencia lo que no es materia penal por la vía directa del contenido del incumplimiento⁶³. No es, por tanto, la vía penal el modo de solución, como viene confirmado por la jurisprudencia, de los problemas que se generan por la falta de atención legislativa del fenómeno *homeschooling*.

b) Ámbito civil

La cobertura civil que parece la adecuada para el tratamiento jurídico de las distorsiones que pueden producirse en los casos de la educación en casa hay que conectarlo con los derechos y deberes parentales regulados en por el derecho civil. La educación aparece configurada como un deber jurídico inherente al contenido esencial de la patria potestad⁶⁴. El sentido moderno de ésta, concebida como función social, se caracteriza como un deber tuitivo de los padres, consistente en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Es un precepto genérico que no precisa el alcance y exigibilidad del deber de la educación, ofreciendo a los padres amplia discrecionalidad para que desarrollen su obligación de la forma en

⁶¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, en *Consecuencias penales de la educación en casa*, cit. pp. 154 y ss.

⁶² Código Penal, "Delitos contra el orden público", arts. 556 y 634.

⁶³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, en *Consecuencias penales de la educación en casa*, cit. p. 156.

⁶⁴ Art. 154 del Código Civil, concreción del art. 39 de la CE.

que crean más conveniente, siempre que tal función se ejerza en beneficio de sus hijos, según su personalidad y con respeto a su integridad física y moral⁶⁵. Es decir el interés del menor se convierte en uno de los límites al derecho-deber de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones.

Desde la perspectiva del derecho civil, se admite que aunque los progenitores están obligados de forma primaria a educar a sus hijos, la familia no basta para satisfacer, en principio, todas las necesidades educativas de los menores, de ahí que la responsabilidad social se materialice a través del Estado. En primer lugar, garantizando la obligatoriedad y gratuidad de la educación básica o la creación de centros docentes, lo que no le faculta para imponer un modelo educativo único. En segundo lugar, la función estatal será subsidiaria, interviniendo en aquellos supuestos en los que las familias no pueden llegar e interviniendo, función correctora, en los casos en los que los padres hayan abandonado de modo negligente la educación de sus hijos⁶⁶.

A pesar de la peculiar naturaleza de las relaciones paterno-filiales y de su carácter personalísimo, eso no impide que sean verdaderas relaciones jurídicas (consistentes en una relación de derechos y deberes, en este caso educativos) y que, por consiguiente, puedan adoptarse medidas previstas por el ordenamiento jurídico en casos de incumplimiento.

Aunque las medidas coercitivas en el caso del *homeschooling* deben aplicarse con cautela y debe examinarse la heterogeneidad de las motivaciones de los padres para elegir un modelo educativo alternativo al exigido de escolarización obligatoria, el derecho civil contempla medidas correctoras a la expansión de los derechos de los padres. El derecho civil, en caso de incumplimiento sistemático de los deberes parentales prevé, en primer lugar, la privación de la patria potestad⁶⁷. Si bien esta medida es considerada una de las más agresivas en relación a la autonomía familiar, es cierto que esta medida sólo podrá ser aplicada sobre una sentencia recaída en juicio penal, por la comisión de determinados delitos que afecten a la integridad del menor, o en sentencia recaída en un procedimiento matrimonial⁶⁸. En cualquier caso la adopción de esta medida es excepcional, aún en los casos en que se produce un abandono negligente que conduce al absentismo escolar, y más, aún en los casos de *homeschooling*, donde no hay ninguna dejación de los deberes parentales, sino todo lo contrario,

⁶⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, *Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa*, en *Educación en familia*, cit. pp. 181 y ss.

⁶⁶ ROCA TRIAS, Encarnación, en *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, Madrid, 1999, pp. 223 y ss., entre otros autores.

⁶⁷ Art. 170 del Código Civil.

⁶⁸ BALLESTEROS DE LOS RÍOS, en *Comentario al art. 170 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Pamplona, 2009.

hay una preocupación de los padres a la hora de elegir el modelo educativo que en su criterio ofrece mejor formación para sus hijos.

Otra posibilidad de control en el caso del incumplimiento de la educación de los menores sería exigir responsabilidad civil⁶⁹, difícilmente atendible en sede judicial que prefiere que, por su especial naturaleza, las relaciones familiares sean resueltas por normas del Derecho de Familia de forma exclusiva, y éstas no prevén la responsabilidad civil con carácter general⁷⁰. Sería aún más complicado aplicarlo al *homeschooling*. En primer lugar habrían de acreditarse los daños que la educación en casa produce a los menores. Se podría cuestionar que este método educativo puede generar un perjuicio en los menores relacionado con el nivel de conocimientos académicos impartidos, que son necesarios para un hipotético aprendizaje superior o, lo que es más grave, el acceso al mercado laboral, y, en segundo lugar, la falta de la conveniente socialización del menor, concepto más difuso a la hora de precisarlo jurídicamente. Aún así faltaría un presupuesto exigido en el art. 1902 del Código Civil, que el causante del daño haya actuado con dolo y culpa. Ciertamente, analizado este supuesto, la responsabilidad civil sería de difícil aplicación a los problemas suscitados por este método educativo.

Por último, como ocurre en otros países, el juez podría ordenar la inmediata escolarización del menor. No sólo el juez, sino también el menor, un familiar o el Ministerio Fiscal, inexcusablemente cuando se acredite que el método educativo adoptado por los progenitores entraña un peligro real y actual que pueda infligir un daño real, o que se haya efectuado ya⁷¹.

c) La objeción de conciencia

En materia de enseñanza las objeciones de conciencia se plantean sobre la escolarización obligatoria y acerca de contenidos concretos de los itinerarios educativos⁷². Si entendemos la escolarización obligatoria como un deber jurí-

⁶⁹ Art. 1902 del Código Civil: *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño.*

⁷⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra, 2009. También vid. BERROCAL LANZAROT, Ana I. en *La responsabilidad civil de los padres en la educación de sus hijos*, en *Educación en Familia*, cit., pp. 205 y ss.

⁷¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma M^a, en *Consecuencias jurídico civiles del ejercicio de la educación en casa*, en *Educación en Familia*, cit., p. 192. Desde la perspectiva civil parece que lo que justifica la intervención de la autoridad para obligar a la escolarización es el riesgo cierto del menor y no el cumplimiento de una sentencia judicial.

⁷² NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, en *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, especialmente tratado en *Conflictos entre ley y conciencia en el ámbito educativo*, pp. 216 y ss.; RUANO ESPINA, Lourdes, en *Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 116 y ss.

dico establecido por la legislación educativa, dirigido a garantizar el derecho a la enseñanza para los menores, los padres *homeschooler* podrían haber buscado su declaración como objetores de conciencia. Sin embargo en la mayoría de los casos han optado por la vía de hecho, no incorporando a los menores a la enseñanza reglada y obligatoria, con las consecuencias arriba señaladas, concernientes a la vía penal, desechada por la jurisprudencia, o civil, prudentemente atendida. La educación en casa es un fenómeno en alza en nuestro país y esto debería llevar a las autoridades educativas a preguntarse cuáles son las motivaciones que han llevado a los padres semejante decepción, cuando no a un rechazo abierto a la enseñanza reglada estatal⁷³. Tales circunstancias hacen, cada vez más necesario el que el Estado, que no puede abandonar su función garante en las cuestiones educativas, regule razonablemente las preferencias de los padres que optan por una educación alternativa para sus hijos. De este modo queda asegurado el contenido de las enseñanzas recibidas por los menores y se evitan abusos que pudieran infligir grupos religiosos radicales⁷⁴.

Respecto a las objeciones de conciencia a ciertos contenidos curriculares de la enseñanza básica obligatoria, fundamentalmente son las formuladas acerca de la negativa de un elevado número de padres por las enseñanzas de la asignatura denominada Educación para la Ciudadanía o sobre aquellas materias que tienen contenido sexual.

Respecto de lo primero, un numeroso grupo de padres, apoyados por la Jerarquía Católica española⁷⁵, mostraron gran inquietud ante la aparición de la asignatura Educación para la Ciudadanía, debido a algunos de sus contenidos. Consideraron que suponía una intromisión ilegítima al derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones y creencias religiosas. Una vez más el Gobierno de turno, en este caso el socialista, rehusó la posibilidad de revisar los programas, dialogar y consensuar con los agentes sociales, al considerar que, en ningún caso, los contenidos eran adoctrinadores. Esta actitud dio lugar a que se produjera una situación insólita en nuestro país y que cerca de 50.000 padres se negaran a que sus hijos asistieran a las clases de esta signatura, reclamando ante los tribunales el reconocimiento de su derecho a la objeción de conciencia⁷⁶.

⁷³ NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Conflictos entre conciencia y Ley*, cit. p. 241; también, REDONDO GARCÍA, Ana M^a, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria: (Integración educativa intercultural y homeschooling)*. - *La objeción al deber escolar*, Madrid, 2003, pp. 1 y ss.

⁷⁴ MARTÍ SÁNCHEZ, José M^a, *La objeción de conciencia y escuela*, RGDCDEE, 12(2007), pp.19 y ss. ASENSIO, Miguel Ángel, *La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa*, en *Laicidad y Libertades*, 6(2006) pp. 9 y ss.

⁷⁵ La Comisión Permanente de la CEE, en dos documentos de 28 de febrero y 20 de junio de 2007, concretamente en *Nueva declaración sobre la LOE y sus desarrollos: profesores de Religión y Ciudadanía*.

⁷⁶ Todas las sentencias sobre la materia se encuentran reseñadas en el apartado dedicado a la Juris-

Son muy numerosos también los trabajos sobre el tema⁷⁷. Cabe añadir que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo unificó doctrina, sobre las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, en el sentido de no atender las demandas de los padres. La LOMCE ha venido a soslayar la cuestión.

En relación a la objeción de conciencia a recibir educación con contenido sexual⁷⁸ hay un caso paradigmático que tuvo lugar en Cantabria. Fue resuelto negativamente por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sobre la base de que el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones o creencias no era un derecho ilimitado sino que debe ser contemplado en relación a todos los derechos constitucionales, no resultando adecuado, que en el caso, se pudiera imponer un diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, las cuales tampoco pueden elegir o predeterminar el proyecto educativo de un centro público⁷⁹.

4. EDUCACIÓN EN CASA O EN FAMILIA

4.1. EL HOMESCHOOLING Y SU APARICIÓN EN ESPAÑA

La aparición de sistemas alternativos a la educación en la escuela tradicional, ya sea ésta pública o privada, es de reciente aparición en nuestro país.

Un grupo de autores se decantan por la idea de denominar a esta modalidad educar en casa o educar en familia. BRIONES MARTÍNEZ desde sus primeros trabajos en esta materia prefiere usar esta terminología⁸⁰. Otros autores también son partidarios de su utilización, entendiendo que la educación en familia potencia esta institución, al mismo tiempo que supone una apuesta por el papel de la madre, la mujer⁸¹. Las encuestas realizadas sobre las familias *homescho-*

prudencia.

⁷⁷ RUANO ESPINOSA, Lourdes, tiene varios trabajos sobre el tema, *Objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía*, en RGDCDEE 17(2008) pp. 1-18; *La objeción de conciencia a la EpC: su cobertura jurídica y su realidad social*, en *Educación para la Ciudadanía: razones y reacciones*, Salamanca 2010; también *vid.* De a misma autora *Las objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 134 y ss. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, Ángel, *La objeción de conciencia a la EpC ante los Tribunales Superiores de Justicia*, en RGDCDEE 17(2008).

⁷⁸ RUANO ESPINA, Lourdes, en *Las objeciones de conciencia en la educación pública (La negativa de los padres a recibir educación sexual integrada en una asignatura obligatoria)*, en *Educación en familia*, cit., pp. 133-134.

⁷⁹ Sentencia de 23 de marzo de 1998. El TC, mediante Auto de 11 de marzo de 1999, deniega el amparo. En el mismo sentido se pronunció el TEDH, cuya decisión fue de inadmisión, 25 de mayo de 2000, c. Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España.

⁸⁰ ¿Educar en casa o la formación de la conciencia en casa?, en RGDCDEE, 3(2003). La celebración del III Congreso Nacional de Educación en Familia, por ella coordinado y recogido en el libro *Educación en familia*, Madrid, 1914.

⁸¹ MARTÍ SÁNCHEZ, José M^o, en *Análisis se la Sentencia 133/2010 del TC*, cit. pp. 230-231.

olers⁸², lo confirman en este sentido con los resultados, pudiendo afirmarse que el *homeschooling* español, al igual que el del resto del mundo, se caracteriza por ser un movimiento esencialmente promovido y gestionado por mujeres. Estas encuestas ponen de relieve que, en nuestro país, son las madres *homeschoolers* (en un 67,8%, según GOIRIA), las encargadas de gestionar la educación en el hogar, siendo la mujer la que renuncia a un trabajo fuera de casa, lo que afecta al nivel económico de estas familias, agravándose la cuestión en las monoparentales, muy numerosas en las que se dedican a educar en casa.

La penetración de términos anglófilos, tales como *Homeschooling*, *Unschooling* o *Flexischooling*, se ha ido introduciendo por influencia del desarrollo del fenómeno en EEUU y Reino Unido, pioneros en su tratamiento. Durante los años 70 y 80, del pasado siglo, este modo de enseñanza empieza a extenderse a otros países de diversas culturas, no pudiendo hablarse ya de algo propio de los países anglosajones.⁸³

Como característica común hay que señalar que estas alternativas representan una oposición a la regulación oficial del sistema educativo. Esta terminología, que no pretende ser exhaustiva, también tiene distinto significado, que puede ir desde la educación en el hogar o la familia (*Homeschooling*) con un apoyo estructural o sin él, que puede ser de carácter tecnológico o de participación en la docencia de estos menores de educadores de apoyo ajenos a la familia, con más o menos participación la administración educativa, hasta el *Unschooling* o aprendizaje informal y conversacional, que en su grado más extremo, lleva a los padres o educadores a sustraerse de cualquier control por la autoridad educativa. El *Flexischooling* o escolarización flexible o mixta, se compatibiliza el que los menores puedan acudir al centro escolar a tiempo parcial y se eduquen en casa el resto del tiempo. Esta tercera vía sería un modo de solución al rechazo a la educación en el hogar. Los padres o cuidadores que han optado por esta metodología han de conseguir la autorización del centro educativo y llegar a un acuerdo sobre horario, contenidos, controles e informes académicos. Se trata de conseguir la igualdad de los menores en relación con el resto de alumnos e incluir ciertas garantías de eficacia a la hora de la finalización del período educativo. Al concluir el curso el director del centro podrá confirmar la valoración y conveniencia del sistema⁸⁴. En el Reino Unido se publicaron una serie de recomendaciones, el 22 de enero de 2013, sobre la escolarización, que contemplan la posibilidad del *flexischooling*⁸⁵.

⁸² CABO, Carlos, *Tesis doctoral, Sitio web de Carlos Cabo*, cit. 2.1.2, *Encuestas*. GOIRIA MONTTOYA, Madalen, *La opción de educar en casa*, cit. pp. 130 y ss.

⁸³ GOIRIA MONTTOYA, Madalen, *La opción de educar en casa*, cit. p. 42

⁸⁴ GOIRIA, Madalen, *La flexibilización educativa: lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el homeschooling)*, en *Estudios sobre educación*, 22(2012), Universidad de Navarra, pp. 44-45.

⁸⁵ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *Educación en familia. Ampliando derechos...* cit., p. 84

El origen del *homeschooling* en España se sitúa en un colectivo formado por familias evangélicas. Los vaivenes de la política hicieron que aquellos protestantes que se instalaron en nuestro país al amparo de la tolerancia religiosa de la Primera República, sufrieran momentos de rechazo hasta bien entrado el siglo XX, lo que llevó a la toma de decisión de muchas familias a la hora de educar a sus hijos en casa⁸⁶.

En el período de la postguerra española, aparecen en el País Vasco las *etxe-eskolak*, que es un sistema de educación en casa a cargo de una mujer que será la encargada de la transmisión de valores familiares, con la finalidad de la alfabetización de los niños y, sobre todo de la enseñanza en euskera, en tiempos de prohibición⁸⁷.

Más adelante ya en el período democrático, todos acuerdan en señalar que se producen una serie de movimientos asociativos que empiezan a organizarse con la pretensión de salir del limbo jurídico en el que se encuentran, buscando el reconocimiento legal de esta opción y el que los menores educados así accedan a pruebas objetivas y voluntarias. Pionera en este sentido es E. HAAS⁸⁸, que crea Crecer sin Escuela. A partir de entonces surgen una serie de asociaciones, que se integran en ALE (Asociación por la libre Educación) y la Coordinadora Educar en Familia, cuyo ámbito territorial es catalán, y escindida de la anterior; ambas han intentado establecer relaciones entre ellas y con la Administración⁸⁹. El modo más frecuente de acceder a estas Asociaciones es mediante páginas web, blogs⁹⁰.

⁸⁶ CABO, Carlos, *Tesis doctoral, 1.- Los evangélicos: Primer colectivo que, desde la clandestinidad, practica el homeschooling en España*, Sitio web Carlos Cabo, cit.

⁸⁷ GOIRIA MONTOYA, Madalen, *La opción de educar en casa*, cit., pp. 52-58.

⁸⁸ HAAS, Elsa, *Noticias desde España*, en *Growing without schooling*, enero 1989. A esta revista, la biblia de los *homeschoolers*, le sucedió *El buzón*.

⁸⁹ ALE se asocia con *EpySTEME* y la Coordinadora Educar en Familia con CONCLARA. Las relaciones entre ambas Asociaciones no siempre ha sido pacíficas por la diversidad manifestada en sus planteamientos ideológicos y políticos.

⁹⁰ Las direcciones o páginas web son numerosísimas, en este tiempo básicamente he consultado <www.homeschoolspain.com>, aunque son infinidad de ellas a las que se puede tener acceso. Es un modo directo de apreciar la vida y objetivos de aquellas familias que optan por la educación en casa. Destacan por su especial interés las páginas de distintas asociaciones o familias: ALE, <www.educacionlibre.org>; Plataforma por la libertad educativa, <www.homeschooling.libertadeducativa.org>, Laura Mascaró Rotger, <www.homeschooling.lauramascaro.com>, Silvia Cachia, <www.silviacachia.com>, familia Branson Sánchez, <www.educarencasa.hazteoir.org>. A tal efecto es interesante, por el número de direcciones recogidas, el trabajo de VALERO ESTARELLAS, M^a José, *Derechos educativos y homeschooling en España: situación actual y perspectiva de futuro*. Trabajo final del Máster Universitario en Derecho Público. Especialidad en Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad Complutense de Madrid.

4.2. PROBLEMAS DETECTADOS EN LA ENSEÑANZA EN CASA, EN EL *HOMESCHOOLING*

Junto a las ventajas señaladas por los padres que practican la educación en casa más arriba señaladas, tales como la cercanía con los hijos, la flexibilidad de las enseñanzas, mejor adaptadas a las necesidades e intereses del niño, así como la evitación del fracaso escolar o de situaciones de acoso o violencia escolar, Carlos CABO⁹¹, pone de relieve, tras valorar las sucesivas encuestas que realizó a numerosas familias, los inconvenientes que presenta este tipo de educación alternativa.

Estas apreciaciones son especialmente interesantes al venir señaladas por los propios padres o menores *homeschoolers*. Son tres los problemas a los que hacen referencia en el ejercicio de la educación en casa. El primero de ellos tiene que ver con el hecho de no disponer de referentes externos para evaluar los progresos educativos de los menores. El segundo la percepción de los padres de que sus hijos no avanzan en sus aprendizajes como ellos desearían. Y, por último, los padres manifiestan experimentar un sentimiento de culpabilidad al pensar que podrían estar privando a sus hijos de determinados contenidos imprescindibles o importantes para su formación. A éstos hay que añadir la falta de reconocimiento legal. Sin duda estos problemas se solucionarían o paliarían con una regulación de este tipo de educación alternativa, que estableciera inspecciones y controles de los contenidos curriculares, nivel de aprendizaje de los menores para que no estuvieran en situación de desventaja con el resto de los escolares.

Hay que añadir otras dificultades como son la conciliación laboral, especialmente gravosa en estos supuestos, el contacto diario tan prolongado, el aislamiento denunciado por una joven *homeschooler* o las limitaciones del *homeschooling* para realizar determinadas actividades grupales como grupos corales, bandas o algunos deportes. Los problemas laborales afectan a la economía de las familias, donde alguno de los padres, generalmente la madre, ha de renunciar a la vida laboral, con las repercusiones, no solo de carácter personal, sino también de alcance económico que pueden sufrir las familias.

4.3. APORTACIONES DEL DERECHO COMPARADO

El recurso al examen al derecho comparado, en relación al tema del *homeschooling* en España, es de utilidad, en un momento como el actual. Ha sido objeto de estudio como referencia al tratamiento que esta modalidad de educación recibe en distintos países con la pretensión de influir en una futura legislación en España.

⁹¹ En *El Homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Tesis doctoral, Sitio web de Carlos Cabo. Análisis cualitativo. 8. Ventajas e inconvenientes de educar en casa.

Habrà que estar a la constituci3n pol3tica de los estados, reflejado en las constituciones de los mismos, para entender el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales y la posici3n de sus ordenamientos jur3dicos al regularlos. Los pa3ses anglosajones presentan una configuraci3n pol3tica y territorial descentralizada, que difiere de un gran n3mero de pa3ses europeos, en los que bien constitucionalmente o mediante leyes especiales se regulan estos supuestos.

4.3.1 Pa3ses anglosajones

Se admite que el fen3meno del *homeschooling* naci3 como movimiento en EE UU, extendi3ndose, en un primer momento a los pa3ses de tradici3n anglosajona. Los EE UU de Norteam3rica, por su origen, se constituy3 por comunidades fuertemente ideologizadas, lo que hace que los primeros casos que se planteen en relaci3n a la educaci3n de menores fuera del 3mbito de la educaci3n p3blica, tenga como base motivos religiosos.⁹² La primera Sentencia que llega a la Corte Suprema (*Wisconsin v Yoder*)⁹³, referida a los *Amish* y su negativa a escolarizar a los ni1os en colegios oficiales, donde no se instru3 a los menores de acuerdo con sus principios filos3ficos y morales. Si bien entiende el Tribunal que el modelo educativo p3blico sirvi3 desde siempre de conducto de la conciencia nacional y de moral comunitaria en una sociedad conformada por diversos grupos migratorios, entiende que la ley de Wisconsin, que impone la escolarizaci3n obligatoria deber3 de ser respetuosa con las exigencias derivadas de la libertad religiosa de los padres, que implicaba la libertad de elegir el modelo educativo. Sin dejar de reconocer la existencia de intereses leg3timos del Estado en esta materia, ha rechazado el dotarlo de absoluta autoridad sobre la cuesti3n educativa. Por lo que, como acertadamente pone de relieve BRIONES MART3NEZ⁹⁴, en los Estados Unidos habr3 que considerar qu3 interpretaci3n de la Primera Enmienda se da en cada uno de los Estados para armonizar la compresi3n del reconocimiento del *homeschooling*. Aunque fundamentalmente se introdujera la excepci3n a la escolarizaci3n por motivos religiosos (creacionismo, cuestiones de educaci3n sexual, VIH, homosexualidad, o materias de car3cter sanitario, aborto, esterilizaci3n, etc.), a partir de los a1os 70 y 80 del pasado siglo las familias *homeschoolers* dejaron de ser clandestinas, se

⁹² REDONDO, Ana M^a, *En defensa de la Constituci3n*, cit. pp. 140 y ss.

⁹³ 406U.S. 205, 1972, donde el Tribunal interpreta los l3mites que la Primera Enmienda impone al poder del Estado en materia educativa.

⁹⁴ BRIONES MART3NEZ, Irene M. *La libertad religiosa en los Estados Unidos de Am3rica, Un estudio a trav3s del sistema educativo y de la educaci3n en familia*, Barcelona, 2012. Especialmente en el Cap3tulo Tercero, *La influencia de las leyes de restauraci3n de la libertad religiosa en el sistema educativo y en la regulaci3n de la educaci3n en casa. Estados con estatuto espec3fico de homeschool*, pp. 111 y ss. Completando el panorama en el Cap3tulo Cuarto, *La influencia de las leyes de restauraci3n de la libertad religiosa en el sistema educativo y la regulaci3n de la educaci3n en casa. Estados con alternativas legales pero sin estatuto espec3fico del homeschool*, pp. 229 y ss.

empezaron a editar los principales materiales educativos y fueron reconocidos, con mayores o menores exigencias, por las autoridades educativas⁹⁵. Son numerosos los estudios que la doctrina española nos aporta sobre la educación en casa en los EEUU de América⁹⁶.

El Reino Unido, aún teniendo una estructura política distinta a los EE UU de América, tiene un amplio reconocimiento de la Educación en casa⁹⁷. La escolarización es obligatoria de los 5 a los 16 años según la última ley de educación de 2011, pero al ser una reforma parcial, queda en vigor lo regulado en la anterior ley de 1996 (*Education Act*) en relación a la educación en casa. En Gales se disfruta de la misma situación, siendo algo más restrictiva la situación en Escocia⁹⁸. Se habla de *Home Education, Education otherwise*⁹⁹. En estos documentos se recogen los motivos más frecuentes esgrimidos para optar por este tipo de educación tales como la distancia o dificultad de acceso a la escuela; creencias religiosas o puntos de vista ideológicos o filosóficos de los padres;

⁹⁵ GOIRIA MONTOYA, Madalen, *La opción de educar en casa*, cit. pp. 346-347, desde otra perspectiva distinta de la religiosa, nos habla de que hay cuatro niveles de regulación del *homeschooling* en los distintos Estados de USA, que van desde un primer grupo en donde ni siquiera hay que notificar a la autoridad educativa que se va a proceder a desescolarizar a los menores y pese a que existe una normativa de cómo se ha de educarlos, los padres no tienen que explicar cómo lo van a llevar a cabo. Entre estos estados están Idaho, Indiana, Illinois, Texas... así hasta diez. El segundo grupo vendría constituido por aquellos Estados a los que los padres y educadores han de comunicar que los menores van a educarse en casa, pero sin más controles. Entre ellos estarían Alabama, Kansas, California, Nuevo México, hasta 15 Estados más. Constituirían el tercer grupo aquellos Estados que exigirían controles moderados a los padres que educaran en casa, es decir la comunicación de la decisión de dispensar a sus hijos este tipo de educación además de presentar pruebas del progreso académico del menor. Colorado, Arkansas, Iowa y Florida, entre los 15 Estados que adoptan esta posición moderada. Una regulación más restrictiva sería la que se adopta en los Estados de New York, Maine, Minnesota, Washington, entre los 11 restantes, que exigen a los padres además de la notificación y las pruebas de progreso académico el seguimiento de un currículo oficial.

⁹⁶ CABO, Carlos. *Tesis Doctoral*, cit. *Sitio web de Carlos Cabo. I Fundamentación Teórica. I.6 El homeschooling en el mundo. 6.1. El marco legal del homeschooling en el mundo. 6.1.11. Estados Unidos*. VALERO ESTARELLAS, M^a José, *Homeschooling en España. Una reflexión acerca del artículo 27,3 de la Constitución y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos*, en RGDCDEE, 28(2012), pp. 4 y ss.

⁹⁷ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?*, RGDCDEE 3(2003), pp. 4 y ss. CABO, Carlos, *Sitio web de Carlos Cabo. I Fundamentación teórica. I.6 El homeschooling... 6.1.2. Reino Unido y Gales*. VALERO ESTARELLAS, M^a José, en *Homeschooling en España*, cit. pp. 8 y ss.

⁹⁸ La educación en Escocia se regula por la *Education Scotland Act*, de 1980, que establece que es obligación de los padres proporcionar una educación a sus hijos en edad escolar que esté de acuerdo con sus capacidades, ya sea a través de la asistencia a un centro escolar o por otros medios (*Education by other means*). Al admitir esta posibilidad, los padres pueden optar por la educación en casa. Una ley posterior, *Standards in Scotland's schools* de 2000, regula la educación en casa. Se reconoce el derecho a la educación del menor y la responsabilidad de los padres de proporcionarlo, así como la comunicación de esta circunstancia a las autoridades administrativas y la responsabilidad de las mismas de vigilar que el menor está recibiendo la educación adecuada.

⁹⁹ GOIRIA MONTOYA, Madalen, *La opción de educar en casa*, cit. p. 361 y ss.

insatisfacción con el sistema educativo; que el menor haya sido víctima de *bullying*; incapacidad o necesidades especiales del niño; circunstancias temporales o deseo de los padres de tener una relación más estrecha con sus hijos. En todo caso se exige que el menor reciba una educación suficiente y adecuada, ejerciendo la autoridad escolar algún control sobre las familias, que, entendieran que la educación de los menores adoleciera de carencias, podrían concluir ordenando la escolarización del menor¹⁰⁰.

Canadá, por su estructura política y geográfica, en materia de educación presenta similitudes con los anteriores. El sistema educativo aparece descentralizado, no existiendo una regulación federal única, siendo la educación competencia de las provincias y territorios que constituyen el país. Junto a ello hay que subrayar sus dimensiones y la climatología, en algunas zonas, extrema. La educación es gratuita y obligatoria, siendo el *homeschooling* una opción legal en todas las provincias y territorios (Quebec, incluido). Los controles que la administración educativa ejerce se producen en el momento de la inscripción o en la programación de los estudios. Los sistemas de evaluación, dependiendo de la legislación de cada distrito, consistirán en la presentación de informes por parte de los padres dos veces al año, realizar algún tipo de test o examen o recurrir a terceras personas, dependiendo de lo que se haya consensuado con los padres. En algunas provincias, incluso puede no existir la evaluación. En cuanto a la financiación puede ir desde la gratuidad de los materiales escolares, la entrega del 50% de los fondos entregados a los escolares o no existir en absoluto¹⁰¹.

4.3.2. Países continentales europeos

En relación a los países europeos, habría que afirmar, que si bien casi todos ellos tienen una regulación jurídica unitaria en materia educativa, no en todos ellos se reconoce o se hace con la misma amplitud el fenómeno del *homeschooling*¹⁰². Como afirma GOIRÍA MONTOYA¹⁰³, el *homeschooling* al llegar a Europa se convierte en una realidad impregnada de sus propias características sociales y culturales, se diversifica y debe adaptarse con mayor o menor éxito a las bases jurídicas que rigen en cada Estado.

¹⁰⁰ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *Análisis de la ley de mejora...* cit. pp. 83-84

¹⁰¹ CABO, Carlos, *Tesis doctoral, en Sitio web Carlos Cabo. I Fundamentación teórica*, cit. I.6.1.6 *Canadá*.

¹⁰² Son muchos los autores que han estudiado el *homeschooling* en Europa así, BRIONES MARTÍNEZ, Irene, *¿La escuela en casa o la formación...*, cit. pp. 12 y ss.; NAVARRO-VALLS, Rafael y MARÍNEZ TORRÓN, Javier, en *Conflictos entre conciencia y ley*, Madrid, 2011, pp. 243 y ss. VALERO ESTARELLAS, M^a José, *Homeschooling en Europa*, en *Educación en familia*. cit. pp. 273 y ss.

¹⁰³ GOIRÍA MONTOYA, M. *La opción de educar en casa*, cit. p. 349.

Países como Irlanda, Dinamarca y de alguna manera Finlandia, ofrecen una cobertura constitucional a la educación en casa¹⁰⁴. Otros países como Bélgica, Portugal, Francia, Italia, Austria, se admite legalmente la educación en casa sometida a ciertos controles. Sin embargo, países como Grecia, algunos cantones Suizos, Países Bajos, Bulgaria, Rumanía o Croacia, la ley no reconoce la educación en casa. Concretamente en Alemania no sólo no está permitida, si no que se persigue activamente a los padres que optan por ella. El caso español se inserta en esta línea.

De entre los países que reconocen el *Homeschooling*, como alternativa a la educación oficial, no todos lo hacen con la misma extensión, respondiendo a distintas motivaciones. Así, por ejemplo en Suecia, la última reforma educativa¹⁰⁵ ha venido a limitar su ejercicio de forma drástica, generando un grave descontento, ya que sólo se admite en aquellos casos en los que concurren “circunstancias excepcionales”, entre las que no se incluyen de forma expresa las creencias religiosas o convicciones filosóficas y morales de los padres. Estas circunstancias han llevado a los padres a trasladar su residencia a regiones sueco-parlantes de Finlandia, Francia o incluso Canadá. Sin embargo un clima generalizado de rechazo a la escolarización obligatoria ha llevado a exigir del Parlamento Sueco una petición de aclaración de la ley, tendente a una futura matización de la nueva regulación para el *Homeschooling*.

En Francia, las últimas reformas legales¹⁰⁶ establecen la escolarización obligatoria desde los 6 a los 16 años. Aunque declara que la instrucción obligatoria se garantiza prioritariamente en las escuelas, admite también la educación a distancia, como la educación en casa llevada a cabo por los dos progenitores, bien por uno de ellos, o incluso de un tercero. Los controles se establecen con una periodicidad anual, mínima, la autoridad administrativa verifica, *in situ*, el tipo pedagógico empleado para asegurarse de que la educación que reciben los niños está limitada a los menores de una sola familia y se ajusta a los fines de la educación prescrita por la ley. Cada dos años estas familias son inspeccionadas por los Ayuntamientos¹⁰⁷. La preocupación de las autoridades francesas viene determinada por la proliferación de grupos o sectas, con escasos controles legislativos, que se ocupaban de la educación de los niños¹⁰⁸.

¹⁰⁴ VALERO ESTARELLAS, M^a José, en diversos trabajos nos ofrece una panorámica bastante interesante del estado de la cuestión en Europa en *Homeschooling en España. Una reflexión acerca del art. 27,3 de la Constitución y del Derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos*, en RGDCDEE, 28(2012); *Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres*, en ADEE, XXIX(2013), pp. 696 y ss.; *Homeschooling en Europa*, en *Educación en familia*, cit, pp. 279 y ss.

¹⁰⁵ Ley de Educación de Suecia de 22 de junio de 2010.

¹⁰⁶ Ley de 5 de marzo de 2007.

¹⁰⁷ Última Circular sobre la educación en familia de 26 de diciembre de 2011.

¹⁰⁸ BRIONES MARTÍNEZ, Irene, en *Análisis de la LOMCE y su repercusión ensobre la libertad*

Valga, también a modo de ejemplo, el reconocimiento del *Homeschooling* en Chequia. En los países de la Europa del Este, la educación en familia es un fenómeno reciente. El sistema educativo de esta zona claramente intervencionista en un pasado próximo lo hacía imposible. De ahí que nos encontremos que el legislador checo sea especialmente cuidadoso. Ante la preocupación de algunos padres de proporcionar a sus hijos una educación en familia, se diseñó un experimento de instrucción en casa que habría de durar cinco años, siempre que los estudios impartidos de este modo fuesen equiparables al *curriculum* escolar. A la vista del experimento desarrollado entre los años 1998-2003, mediante una nueva ley¹⁰⁹, ya se permite la educación en familia durante los primeros 5 años de instrucción, los cursos posteriores están sometidos a otro proceso experimental. Los padres han de presentar a la escuela una solicitud y acreditar que los educadores de los niños al menos tienen el segundo grado educativo, así como informes de peritos psicólogos, información sobre espacios físicos, recursos pedagógicos y materiales con los que se cuenta para enseñar a los menores¹¹⁰. Otros países pertenecientes a la Europa del Este, como Hungría y Polonia, van paulatinamente incorporando la posibilidad de reconocer otro tipo de educación distinta a la oficial.

En síntesis podemos afirmar que un gran número de países europeos reconocen en sus ordenamientos la posibilidad de que los padres puedan optar por educar a sus hijos en casa. Pero es igualmente cierto de que sobre el *homeschooling* ejercen determinados controles en caminados a garantizar que los menores reciben la educación adecuada, en ambientes idóneos y cumpliendo los contenidos curriculares similares al del resto de niños del país. Así salvaguardan los derechos e intereses de los menores para los supuestos en que quieran incorporarse a escuelas oficiales más adelante o reconocer los estudios realizados en familia a la hora de entrar en la Universidad.

5. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL *HOMESCHOOLING* Y OTRAS EXCEPCIONES AL DEBER DE ESCOLARIZACIÓN

5.1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Comisión como el TEDH, se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho a la educación. Según MARTÍN SÁNCHEZ¹¹¹, sus reso-

de conciencia y la educación en familia, en *Educación en familia*, cit., pp. 77 y ss., hace también un valioso estudio de derecho comparado, fundamentalmente europeo, siendo de especial interés el tratamiento que hace de la experiencia francesa.

¹⁰⁹ Ley checa de educación 261/2004.

¹¹⁰ Además de la bibliografía aportada por VALERO ESTARELLAS, también son interesantes las aportaciones de GOIRIA MONTOYA, M. en *La opción de educar en casa*, cit., pp. 349 y ss.

¹¹¹ *La recepción por el Tribunal Constitucional español de la Jurisprudencia sobre el Convenio*

luciones han versado en un principio en torno a la cuestión de si el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones comporta la facultad de ejercitarlo exclusivamente por sí mismos, prescindiendo de cualquier tipo de centro docente, público o privado. En este sentido la Comisión Europea de Derechos Humanos manifestó que si los padres desean educar a sus hijos fuera del sistema estatal, en centros privados o en casa, pueden hacerlo, siempre que tengan la capacidad adecuada. No obstante el Estado conserva el derecho de controlar el desarrollo educativo básico de los menores, que reciben la enseñanza en el hogar, y de adoptar las medidas adecuadas dirigidas a verificar que la educación de los menores alcancen los niveles apropiados¹¹². Otro de los asuntos tratados por el Tribunal hace referencia a las preferencias lingüísticas de los padres, entendiéndose que, aún en este caso, serán respetadas sus convicciones religiosas y filosóficas. Interpretar estos derechos, de modo que comprendan las preferencias lingüísticas equivaldría desvirtuar su sentido ordinario y hacer decir al Convenio lo que no dice¹¹³.

Por otra parte MARTÍN-RETORTILLO¹¹⁴ ofrece una selección de los pronunciamientos del TEDH acerca de diversas cuestiones relacionadas con la posición de los padres al objetar ciertos contenidos educacionales contrarios a sus creencias religiosas, como la educación sexual¹¹⁵, métodos pedagógicos¹¹⁶, o los casos alemanes que imploran la necesidad de la educación en casa, frente al deber de escolarización impuesto por su derecho interno¹¹⁷. En los últimos

Europeo de Derecho Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza, Granada 2002, pp. 193-203.

¹¹² Decisión 10233/83, en el caso *Family H. contra Reino Unido*, de 6 de marzo, donde se esgrimen razones médicas como justificativas de la educación en casa de unos menores afectados de dislexia. Además del comentario MARTÍN SANCHEZ, I., sobre esta sentencia, también la señala MARTÍN RETORTILLO, L. en *Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos*, c. p. 269.

¹¹³ MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional español*, cit. pp. 197 y ss. Cuando comenta la STEDH de 23 de julio de 1968, sobre el caso lingüístico belga.

¹¹⁴ MARTÍN RETORTILLO, L., *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, editado por el Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. Véase también del mismo autor, *La libertad religiosa en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en ADEE, 27(2011), pp. 287-332 y *Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos ...*, cit., pp. 257-267.

¹¹⁵ STEDH caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de Diciembre de 1976, en la que el Tribunal no sólo no objeta que se lleve a cabo la enseñanza sexual, sino que apoya la posición del Estado al negarse a excusar dicha enseñanza, una vez se comprueba la seriedad y profesionalidad con la que es impartida.

¹¹⁶ Caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, donde aparece la oposición de los padres a los métodos pedagógicos, que integraban castigos corporales. O el caso *Pilar Jiménez Merino c. España*, de 25 de Mayo de 2000.

¹¹⁷ Caso *Leuffen c. Alemania*, 19844/92, resuelto negativamente por la Comisión. Caso *Konrad y otros contra Alemania*, de 11 de Octubre de 2006; caso *Dojan y otros c. Alemania*, de 13 de Noviembre de 2011. En estas ocasiones el Tribunal se pronuncia sobre la negativa de los padres a la

casos el Tribunal los resuelve a través de decisiones de inadmisión, al considerar que encajan en el margen de apreciación de los Estados contratantes a la hora de establecer e interpretar las normas de su sistema educativo, reconociendo que éstos disponen de un amplio espacio de decisión. Se trata de reforzar la idea de que los verdaderos titulares del derecho a la educación son los menores, lo que significa que los padres no pueden negar este derecho, la educación de los hijos, apoyándose en sus propias creencias, de tal manera que si se produjera una colisión entre éste y aquéllas, éstas tendrán que ceder por fuerza: son los menores la parte débil en la relación escolar¹¹⁸.

Son muchos los autores que se han pronunciado acerca de los trabajos del Tribunal y la Comisión sobre las pretensiones de los padres contrarias a la educación, contenidos curriculares o sistemas educativos, impuestos por los Estados, que incluyen la escolarización obligatoria. En relación al problema de la educación en casa, hay que subrayar que, en general, no ha sido reconocida en sus resoluciones¹¹⁹.

5.2. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

5.2.1. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal en cuestiones educativas se ha pronunciado en varias ocasiones, pero afectando al tema de formaciones alternativas al régimen educativo estatal y al contenido curricular de los planes de estudios se ha pronunciado en menos oportunidades. En cuanto a la educación en casa, solo en una resolución.

En la resolución de los recursos de inconstitucionalidad ha diseñado e interpretado los contenidos de las Leyes Orgánicas de Educación recurridas. Entiende el Tribunal el alcance de la enseñanza impartida en los centros públicos que debe respetar el pluralismo y la neutralidad; además reconoce la existencia de centros privados ideológicamente caracterizados, posibilitando el derecho de los padres a elegir el tipo de educación, acorde con sus convicciones reli-

escolarización de sus hijos debido a los contenidos educativos curriculares que contrastaban con sus creencias religiosas (educación sexual, creacionismo, etc.)

¹¹⁸ MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, en *Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos*, cit., pp. 266-268, en su comentario a la resolución del caso Konrad c. Alemania.

¹¹⁹ NAVARRO VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, en *Conflictos entre Ley conciencia*, cit. pp. 252 y ss., hacen una valiosa recopilación y análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre los derechos de los padres, en relación al tipo de educación que desean para sus hijos y el ámbito de las competencias de los Estados; GOIRÍA MONTOYA, M., en *La opción de educar en casa*, cit. p. 223 y ss. CABO, C. *Tesis doctoral*, cit. 11. *El homeschooling en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, concluyendo que el Tribunal entra en contradicción, al defender, por una parte, el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones, fallando, por otra, en contra de los mismos, sosteniendo que sobre tal derecho individual ha de prevalecer el derecho del Estado a establecer el marco legal en el que debe desarrollarse el derecho a la educación.

gias o filosóficas que quieren para sus hijos; y, por último, la intervención de los agentes sociales en la gestión de los centros¹²⁰. Se pronuncia también acerca de las competencias del Estado en materia educativa, compatibilizándolo con las CC.AA; sobre las competencias de los directores de los centros concertados, aquéllos ideológicamente caracterizados relacionados con el ejercicio de otros derechos en juego: los derechos de los padres o la libertad de cátedra de los profesores¹²¹, o la financiación de los centros educativos¹²².

La primera aproximación que hace el Tribunal Constitucional al fenómeno de la educación en casa o en familia, así como al tema de la escolarización obligatoria, se produce tras la declaración de desamparo y asunción de la tutela de veintitrés niños de la comunidad *Niños de Dios*, acordada por la Dirección General de la Infancia de Cataluña¹²³.

El Tribunal si bien no entra en el fondo del asunto, al desestimar el recurso de amparo de la Generalitat, deja sin relevancia constitucional la relaciones entre escolarización obligatoria, libertad religiosa de los padres y su derecho a educar a sus hijos según sus propias convicciones, y el derecho de los menores a la educación. Niega el derecho de tutela a la Administración catalana pero no el ejercicio de sus facultades a asegurar la debida escolarización de los niños. No se pronuncia claramente sobre el tema. De un lado no parece incluir la escolarización libre entre los derechos parentales en materia educativa, y de otro, señala que impedir la escolarización no afecta al derecho de todo niño a la educación, cuya efectividad depende de aquéllos de quienes de ellos son responsables, afirmando que la desescolarización podría afectar el derecho a la educación de los menores¹²⁴.

¹²⁰ STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad núm. 189/1980, contra varios preceptos de la LOCE de 19 de junio de 1980.

¹²¹ STC 77/1985, de 27 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 180/1984, contra varios preceptos de la LODE.

¹²² STC 86/185, de 10 de julio, que resuelve, negativamente el recurso de amparo 193/1985, sobre el régimen de subvenciones a los Centros docentes.

¹²³ STC 260/1994 de 3 de octubre, resolviendo distintos recursos de amparo contra los autos dictados por la Audiencia Provincial de Cataluña oponiéndose a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por la Generalitat de Cataluña.

¹²⁴ Es ilustrativo al respecto el Voto Particular del Magistrado GIMENO SENDRA, cuando fundamenta su discrepancia de la sentencia subrayando que el sujeto del derecho a la educación es el niño, aunque sean los padres los que hayan de ejercitarlo, planteándose en este caso un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres y los intereses de los hijos, legitimándose, en estos casos, la intervención de la Administración; separa los derechos parentales del derecho de libertad religiosa de los padres, que no ampara un supuesto derecho a la desescolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que crean conveniente.

Respecto de esta resolución parte de la doctrina manifiesta su perplejidad¹²⁵, en tanto otros ven, a pesar de las peculiaridades del caso, un reconocimiento a la función de la familia en la educación de los hijos¹²⁶.

Interesante resulta la jurisprudencia del Tribunal respecto del alcance de la libertad religiosa de los padres y el consiguiente derecho a educar a sus hijos, de acuerdo a sus creencias religiosas, y los límites impuestos por la normativa internacional protectora de los derechos de los menores, que se erige como norma de orden público, de inexcusable observancia, afectando a la manifestación de las propias creencias en los progenitores. El bien jurídico a proteger en este caso es la integridad moral de los menores, que se manifiesta en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres, a no sufrir actos de proselitismo o a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando éstas pudieran afectar negativamente su desarrollo personal¹²⁷.

En cuanto a la objeción de conciencia a los contenidos concretos curriculares, que llevaron a la desescolarización parcial del menor, el Tribunal considera constitucional la negativa de la comunidad educativa a imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las convicciones de unos padres y su pretensión a elegir y predeterminar el contenido del proyecto docente de un centro público, para hacerlo acorde con sus convicciones ideológicas concretas¹²⁸.

El Tribunal en la sentencia 133/2010, de 2 de diciembre se pronuncia directamente sobre el fenómeno del *homeschooling*. Entiende que este tipo de educación no es compatible con las previsiones legales en la materia, que entre otras prescripciones, consagran la escolarización obligatoria (de los 6 a 16 años) como único modo de satisfacer el derecho a la educación de los menores. Ma-

¹²⁵ MORENO ANTÓN, María, en *La educación en casa y el art. 27 de la Constitución en la Jurisprudencia del TC.*, en *Educación en familia*, cit., pp. 220-221.

¹²⁶ RUANO ESPINA, Lourdes, en *Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias*, en *Educación en familia*, cit., pp. 120 y ss. CABALLERO SUÁREZ, Rafael en *Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español*, en *Educación en familia*, cit., p.97.

¹²⁷ STC 141/2000, de 29 de mayo. En el caso de un padre que había cambiado de religión, adhiriéndose al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal y las consecuencias en relación a la educación a los hijos menores. Si bien se otorgó el amparo al padre en tanto se le afectó el ejercicio de los derechos parentales por motivos religiosos, se consideró constitucional la prohibición del proselitismo en relación a sus hijos menores. Aquí el TC sigue los criterios sostenidos por el TEDH en el caso HOFFMANN c. Austria en Sentencia de 23 de junio de 1993.

¹²⁸ ATC de 11 de marzo de 1999, que decretó la inadmisión del recurso de amparo. Esta resolución fue recurrida ante el TEDH, que igualmente decretó su inadmisión. Caso *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, de 25 de mayo de 2000. STC de 24 de febrero de 2014 inadmite el recurso de amparo por falta de legitimación activa de la recurrente en un supuesto vinculado a la Educación para la Ciudadanía. En relación a este tema. RUANO ESPINA, Lourdes, *Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre objeción de conciencia a EpC*, RGDCDEE, 20(2009).

yoritariamente los especialistas en la materia disienten del tenor de la sentencia con mayor o menor descontento. El Constitucional afirma que el sistema educativo español es constitucionalmente inobjetable, del mismo modo que, también sería el contrario, la educación en casa, en tanto otras opciones legislativas incorporen cierta flexibilidad al mismo, especialmente en lo referente a la educación básica. El Tribunal no puede erigirse en legislador, por eso se abstiene de describir cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria, desplazando al Ministerio de Educación la responsabilidad en esta materia¹²⁹. Se entiende entre los comentaristas de esta sentencia que le Tribunal ha hecho una interpretación restrictiva de los textos internacionales en los que dicen apoyarse, satisfaciendo el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones con la posibilidad de elección o, incluso, de creación de los centros docentes¹³⁰. El Tribunal parte de la base de que el deber de escolarizar no viene impuesto por la Constitución, pero eso no significa que exista un vacío legal, ya que sí viene impuesto en las leyes educativas, por tanto no escolarizar a los hijos supone el incumplimiento de un deber legal. La labor del Tribunal, por tanto, consiste en dilucidar si la imposición normativa de la escolarización obligatoria es o no contraria a los derechos fundamentales del art. 27 de la Constitución o si, por el contrario, la posible inclusión de la facultad parental de elegir una educación ajena a dicha escolarización está incluida en la libertades del mismo¹³¹.

El Tribunal decide, siguiendo la Jurisprudencia del TEDH¹³², que el encaje de la escolarización obligatoria en la enseñanza básica es constitucionalmente inobjetable y que son posibles otras opciones legislativas que flexibilicen el sistema, siempre que permitan mantener el cumplimiento de los objetivos de

¹²⁹ NAVARRO VALLS, Rafael, en *La educación en casa y la libertad de enseñanza*, en <www.el-confidencial.com> de 29 de diciembre de 2010, días después de la publicación de la sentencia. Entiende que la misma no es tan contundente en la medida en que no considera inconstitucional un sistema razonable de "educación en casa" siempre que respete la sociabilidad de los menores y su formación pedagógica; en sentido análogo se pronuncia MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, en *Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos según la Jurisprudencia del TEDH*, en *Educación en Familia*, cit., pp. 267 y ss.

¹³⁰ MARTÍ SÁNCHEZ, José M^o, en *El "Homeschooling" en el derecho español*, en RGDCDEE 25(2011), pp.34 y ss.; *vid.* Del mismo autor *Análisis de la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional sobre la educación en familia, desde la perspectiva del art. 10.2 de la Constitución*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 245 y ss.; RUANO ESPINA, Lourdes, en *Objeciones de conciencia en la educación pública*, en *Educación en Familia*, cit., pp. 126-127.

¹³¹ MORENO ANTÓN, María, en *La educación en casa y el art. 27 de la Constitución en la doctrina del TC*, en *Educación en Familia*, cit. pp. 222 y ss.

¹³² MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, en *Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos en la Jurisprudencia del TEDH y la "educación en casa"*, en *Educación en familia*, cit. p. 226; GOIRÍA MONTROYA, M., en *La opción de educar en casa*, cit. pp. 300 y ss.; BRIONES MARTÍNEZ, Irene, en *Análisis de la LOMCE y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia*, en *Educación en familia*, cit., pp. 85-86.

la educación. Hasta que éstas se produzcan, no se admite el reconocimiento de la educación en casa por la vía de la jurisprudencia constitucional.

5.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En este apartado no vamos a reseñar las resoluciones de instancia, precedente a los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, excepción hecha del pronunciamiento efectuado sobre el caso de los *Niños de Dios*¹³³. El Tribunal Supremo mantiene una actitud vacilante acerca de este caso, porque no excluye la posibilidad de educar en casa, pero a la vez señala los peligros que ese tipo de educación puede suponer para la socialización del menor, al limitar la posibilidad de interrelaciones personales, que son necesarias en una sociedad abierta y competitiva. Se puede discrepar de la elección efectuada por los padres, y no es descartable la intervención del Ministerio Fiscal, pero entiende que el ámbito apropiado para ejercitar esta acción protectora es el marcado por el Derecho civil, lejos del penal, reservado para otros asuntos distintos a los familiares que aquí se suscitan¹³⁴.

El Tribunal vuelve a conocer acerca de materias educativas cuando se pronuncia sobre la negativa de un elevado número de padres a que sus hijos sigan la asignatura de Educación para la Ciudadanía¹³⁵. Estas reclamaciones, se configuraron en el ejercicio del derecho a objetar de conciencia por un elevado número de padres al seguimiento, por sus hijos, de esta asignatura, encuadrada en los contenidos obligatorios curriculares de las distintas etapas educativas. La Sala de lo Contencioso Administrativo unifica la doctrina desestimando la posibilidad de objetar de conciencia por parte de los padres¹³⁶. Más adelante también se pronuncia sobre si los contenidos de las enseñanzas, incluidas en la asignatura Educación para la Ciudadanía, incurrían o no en el adoctrinamiento¹³⁷, estimando que del material aportado no puede deducirse que éste se produzca.

¹³³ STS 1669/1994, de 30 de octubre.

¹³⁴ RUANO ESPINA, Lourdes, en *Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias*, en *Educación en familia*. cit. pp. 123-124; MORENO ANTÓN, María, *La educación en casa y el art. 27 de la Constitución en la doctrina del TC*, en *Educación en familia*, cit. pp. 218-219.

¹³⁵ STS de 11 de febrero de 2009 (rec. 949/2008); STS de 11 de mayo de 2009 (rec. 440472008); STS de 11 de mayo de 2009 (rec. 3976/2008); STS de 11 de mayo de 2009 (rec. 3971/2008); STS de 5 de junio de 2009 (rec. 3952/2008); STS de 5 de junio de 2009 (rec. 3974/2008) STS de 5 de junio de 2009 (rec. 3968/2008). Recientemente el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 24 de febrero de 2014, inadmite el recurso de amparo, entendiendo que no era la vía para resarcir los derechos pretendidamente lesionados, sino que lo procedente, desde un punto de vista procesal, hubiera sido pedir la nulidad de actuaciones.

¹³⁶ RUANO ESPINA, Lourdes, *Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre objeción de conciencia a EpC*, en RGDCDEE 20(2009).

¹³⁷ STS de 12 de noviembre de 2012.

En España a raíz de la entrada en vigor de la ley 1/1990, de 3 de Octubre (LOGSE) se fue imponiendo la educación mixta en los colegios públicos o privados, quedando la llamada *educación diferenciada*, que representa sólo el 1%, reservada a los creados por iniciativa privada, logrando alguno de ellos conciertos con distintas Administraciones autonómicas¹³⁸. Es a partir de la entrada en vigor de la LO 2/2006 de Educación cuando algunas Administraciones educativas (Murcia, Asturias, Cantabria y Andalucía) han rechazado los conciertos o denegado la solicitud de renovación de los mismos. A partir de esa fecha el Tribunal Supremo, en diversas resoluciones muy recientes, ha denegado el amparo a los centros privados concertados de educación diferenciada en respuesta a los recursos de casación interpuestos por las administraciones educativas autonómicas. Si bien reconoce que la educación diferenciada es tan legítima y constitucional como la coeducación, estima que la imposibilidad de obtener conciertos para estos centros no perturba el derecho de elección de los padres a elegir el tipo de educación apropiada para sus hijos, coincidente con sus propias convicciones, ni el derecho de los titulares para la creación de centros docentes con ideario y carácter propio¹³⁹.

5.2.3. La Jurisprudencia de los Tribunales inferiores

Casi toda la Jurisprudencia de los Tribunales inferiores ha finalizado en las Audiencias Provinciales, concluyendo procesos penales en los que se acusaba a los padres del delito de abandono de los menores en los que se acusaba a los padres del delito de abandono de los menores a su cargo al preferir éstos un sistema de formación de los menores a su cargo al margen de la enseñanza oficial. El problema es ver si la desescolarización de los hijos, en todos los casos se haya dentro del tipo penal del delito de abandono.

No son muchas las causas que han llegado a las Audiencias Provinciales, debido a que, frecuentemente se archivan las diligencias iniciadas en las Fiscalías y las actuaciones previas, pero aún así merece la pena reseñar algunas de ellas¹⁴⁰, de entre las que sólo una se comprueba que la desescolarización impli-

¹³⁸ RUANO ESPINA, Lourdes, en *Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias*, en *Educación en familia*, cit., pp. 130 y ss. También vid. MORENO BOTELLA, Gloria, *Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro*, en RGDCDEE 20(2009) y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro, en *Régimen jurídico de la educación diferenciada en España*, en RGDCDEE 31(2013).

¹³⁹ STS 28 de mayo de 2007; STS de 23 de julio de 2012 (rec. 4591/2011); STS 24 de julio de 2012 (rec. 5423/2011); STS de 18 de julio de 2014 (rec. 1537/2012); STS de 16 de julio de 2014 (rec. 3089/2012); STS de 16 de julio de 2014 (rec. 2619/2012); STS de 23 de junio de 2014 (rec. 2251/2012).

¹⁴⁰ SAP DE Granada 112/ 1996, ante un caso de desescolarización mantiene que en este caso debe aplicarse la vía administrativa, ante los tribunales civiles, en relación con las facultades tuitivas que se le encomienda a la Administración, distintas al ámbito penal, por entender que el supuesto no entra dentro del tipo penal del art. 584, del anterior C.P.; SAP de Barcelona, de 14 de febrero de

caba el delito de abandono al no preocuparse los padres de que la menor recibiera instrucción alguna. No proporcionándosela los padres ni permitiendo que la menor se acogiera a ningún modelo educativo, por lo que en ese caso entiende la AP que la desescolarización se convierte en absentismo¹⁴¹, y por tanto en abandono.

Doctrinalmente se han valorado en sentido positivo las actuaciones de estos Tribunales, a la hora de no considerar abandono de menores y absentismo los casos de desescolarización de los menores *homeschoolers*, siendo objeto de comentarios por los especialistas.¹⁴²

6. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La finalidad de este Boletín es la de presentar el panorama legislativo, doctrinal y jurisprudencial en España de la educación en casa, *Homeschooling*. Para esto hemos tenido en cuenta, fundamentalmente la producción científica patria, sobre todo aquélla que de manera preferente estudia este tipo de educación alternativa. Las conexiones con otras ramas del Derecho son esporádicas y coyunturales. En relación al derecho extranjero constituyen espacios ilustrativos ante posibles modificaciones legislativas de cómo podría ser la situación en nuestro país.

Al analizar la documentación doctrinal he podido observar que toda ella no sólo es favorable al reconocimiento de este tipo de educación, sino que no parece encontrar ningún inconveniente al hecho de que los menores reciban las enseñanzas en el hogar. Lógicamente desde la perspectiva de los padres *homes-*

1996, resuelve acerca del caso de un menor que no está escolarizado en ningún centro oficial, pero que está siendo instruido dentro de una asociación por personal no especializado. Entiende que este caso no puede equipararse al tipo penal de abandono del antiguo art. 584 del C.P. La A.P. se pronuncia en el sentido de que la formación educativa al margen de la enseñanza oficial es compatible con las libertades constitucionales; SAP de Sevilla 829/1999, de 23 de Noviembre, desestima la declaración de desamparo decretada por la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos sociales de la Junta de Andalucía, en el supuesto del internamiento de un menor en la Colonia del Niño Sergio, donde según su progenitor se impartía la educación acorde con sus convicciones, entendiéndolo así la resolución; SAP de Teruel 51/2009, ante un caso de desescolarización de sus hijos llevado a cabo por una familia de *homeschoolers* de ALE, por lo que fueron imputados y condenados por delito de abandono, tipificado en el art. 226 del C.P., la A.P. mediante una sentencia absolutoria, entiende que la actividad educativa va más allá de la escolarización obligatoria, distinguiéndola de los deberes de la patria potestad y, mucho más del delito de abandono.

¹⁴¹ SAP de Granada 132/1996, estima que existe delito de abandono ante un supuesto de desescolarización de una menor, en tanto no recibía instrucción alguna, dado que los padres no la proporcionaban y tampoco permitían que se acogiera a ningún modelo educativo, por necesitar la colaboración del menor en las tareas de la familia. Equipara en este supuesto la desescolarización con absentismo.

¹⁴² RUANO ESPINA, Lourdes, *Objeciones de conciencia en la educación pública. El conflicto judicial para las familias*, en *Educación en familia*, cit., pp.124 y ss.

choolers, sus imprescindibles aportaciones, adoptan un tono más beligerante, comprensible en la situación de inseguridad jurídica en la que viven.

Es cometido de la doctrina mostrarnos los derechos en juego, de los menores, de los padres y la posición del Estado. Desde una valoración exhaustiva, como la propuesta, es de esperar que en un futuro puedan ofrecerse soluciones tan necesarias.

El recurso al derecho comparado es una pauta importantísima para la elaboración de las reformas pertinentes. Son muchos especialistas los que ofrecen una panorámica internacional muy completa del fenómeno *Homeschooling*. De sus aportaciones podemos concluir que con independencia de las características geográficas, climáticas, poblacionales de los distintos países, en casi todos ellos donde se reconoce este sistema educativo, aparece una cierta intervención del Estado más o menos controladora, en función de su propia configuración político-constitucional. Todos los ejemplos son dignos de tener en cuenta para un futuro.

SEGUNDA.- El número de familias en España que optan por la educación en casa, no queda muy claro. La horquilla en el que se mueve es de 2.000 a 10.000 familias. Al no existir ningún tipo de control es imposible verificarlo. Es indiferente su número a los efectos de la situación de menores desescolarizados. En tanto exista una sola familia que opte por no escolarizar a sus hijos menores, debe existir la preocupación de parte del Estado, como garante del ejercicio del derecho a la educación del cual son titulares todos los niños. De ahí que se hace cada vez más necesario un reconocimiento legal de estas situaciones, como sugiere la Jurisprudencia constitucional. Entendemos que no es una opción del Estado, es un deber relacionado con la protección a los menores exigido en nuestra Constitución y Tratados internacionales, suscritos por España. No podemos ser optimistas al respecto y ello, fundamentalmente, por dos razones. Los distintos Gobiernos españoles, en esta última etapa constitucional, no se han caracterizado por una especial sensibilidad acerca de las cuestiones educativas, y la regulación de estos supuestos referidos a la educación alternativa, requieren de una especial flexibilidad y atención, de las que no dan muestras en su función de gobierno. Por otro lado, desde el punto de vista de las familias *homeschoolers*, especialmente aquéllas denominadas *unschoolers*, han manifestado su oposición a acatar cualquiera normativa estatal respecto de la enseñanza en casa de sus hijos que supusiera control alguno. De ahí las razones de mi pesimismo.

TERCERA.- La oferta educativa en nuestro país es numerosa y responde a diversos criterios religiosos, ideológicos y pedagógicos. Junto a los centros públicos de enseñanza, existen los centros privados caracterizados ideológica-

mente, religiosos o no, mayoritariamente concertados con el Estado, que amplía el abanico de posibilidades y garantiza el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones. La posibilidad de educar a los menores en centros extranjeros o centros con sistemas pedagógicos diferenciados o alternativos, enriquecen la paleta de propuestas a los padres preocupados por la educación de sus hijos. Ciertamente que aunque ésta ayude al ejercicio del derecho de los padres, respecto a la educación de sus hijos, no soluciona el problema de la educación en casa, sólo reduce las motivaciones de los progenitores. El problema generado por la técnica de la escolarización obligatoria sigue influyendo negativamente sobre la educación en casa.

CUARTA.- De la jurisprudencia reseñada podemos concluir que cabe la posibilidad de una legislación distinta, ya que tan constitucional es la técnica de garantía empleada por el Estado de la escolarización obligatoria, como otra opción legislativa que reconociera la educación en el hogar. En segundo lugar, los desajustes propiciados por la educación en familia, según las resoluciones analizadas, no se pueden sustanciar por la vía penal, sino por normas de Derecho de Familia, razonablemente aplicadas. En relación al derecho de los padres y su ejercicio, consistente en la objeción de conciencia a la escolarización obligatoria o al seguimiento, por sus hijos, de determinados contenidos curriculares de la enseñanza obligatoria, ninguno de estos supuestos ha sido reconocido judicialmente, ni en el ámbito nacional ni en foros internacionales.

QUINTA.- La valoración sociológica del fenómeno *Homeschooling*, ha hecho necesario analizar cuáles sean los motivos, métodos y resultados de esta opción educativa. Los métodos son múltiples, dependiendo de cuál sea la formación de los padres y, en cuanto a los resultados, al no existir datos fiables, hemos de remitirnos a los que las propias familias *homeschoolers* nos proporcionan. Resultan más interesantes las motivaciones esgrimidas por los padres para recurrir a este tipo alternativo de educación. Las circunstancias personales de muchos de ellos: el hecho de que sean profesores o cultivadores de artes plásticas, su condición de extranjeros, con distintas pautas culturales a las del país de acogida, las convicciones ideológicas o religiosas, las altas capacidades de los menores o las discapacidades, todas ellas están integradas en la formulación jurídica internacional de la regulación de la educación en casa como motivaciones religiosas, ideológicas o filosóficas y pedagógicas. Pero hay alguna otra que vemos de difícil encaje dentro de esta normativa: son los casos de los padres víctimas (más delicado aún en los casos en que sean los hijos) de acoso escolar (*bullying*), que tratan de evitar a sus hijos las experiencias traumáticas por ellos padecidas. Existen otro grupo de padres, en este caso especialmente

madres, que no quieren romper su relación de apego con los hijos, que rechazan la separación que supone enviar a los niños a la escuela. A veces son los menores los que manifiestan firmemente su negativa a ir al colegio (*school phobia*). Estas últimas motivaciones, todas ellas respetables, de carácter psicológico, serían complicadas de reflejar en una futura legislación.