

PATRIA POTESTAD Y DERECHO A LA EDUCACIÓN A PROPÓSITO DEL *HOMESCHOOLING*

Cristina López Sánchez

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad Miguel Hernández de Elche

SUMARIO

I. ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES.- II. EN QUÉ CONSISTE LA EDUCACIÓN EN CASA O *HOMESCHOOLING*. UNA MIRADA HACIA OTROS PAÍSES.- III. LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL: EL DEBER DE EDUCACIÓN.- IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN: 1. Aclaración de conceptos. 2. Antecedentes legislativos y textos internacionales. 3. El art. 27 de la Constitución española. 4. La Ley Orgánica de Educación. 5. Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de educación.- V. LA INEXISTENCIA DE SITUACIÓN DE DESAMPARO.- VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES *EX ART.* 1902 CC POR EL EJERCICIO DEFECTUOSO DEL DEBER DE EDUCACIÓN.- VII. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.- VIII. BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS CLAVE

Escuela en casa; Educación en casa; Patria potestad; Educación básica; Escolarización obligatoria.

RESUMEN

Este trabajo ofrece una visión general del *homeschooling* en España. El punto de partida consiste en saber si esta práctica es legal en nuestro Derecho. La respuesta cambia en función de cuál sea el referente legal que adoptemos, ya sea la Constitución o la Ley de Educación. Por un lado, cuando la Constitución española se refiere al derecho a la educación establece que la educación básica es obligatoria, sin más. Tampoco en el Código civil, al hilo de la regulación de la patria potestad se recoge especificación alguna en torno al deber de educación que corresponde

a los padres. Por último, el legislador ha vinculado la educación básica obligatoria con la escolarización obligatoria en la Ley Orgánica de Educación.

I. ALGUNAS CUESTIONES PRELIMINARES

Desde el mismo instante en que me propongo abordar el respaldo legal que, en su caso, pudiera tener una forma alternativa de educación que en los últimos años va adquiriendo adeptos en nuestro país de forma creciente –la denominada educación en casa o *homeschooling*–, advierto la problemática ínsita a la propia cuestión, al encontrar en su tratamiento una manifiesta disparidad de criterios.

Dicho sea por adelantado, parece haber respuesta a esta cuestión en la legislación española, si bien es cierto que la misma no se halla precisamente en la Constitución española ni en el Código civil, donde el tema se deja abierto. Efectivamente, los defensores de la educación en casa establecen como punto de partida el que la Constitución española en su art. 27 establece que “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza” y “4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”, por lo que deducen que si bien la educación básica es obligatoria, en ningún lugar del articulado del texto constitucional se hace referencia expresa a que dicha educación deba llevarse a cabo en un centro escolar. Es decir, educación básica y escolarización son conceptos que no necesariamente han de ir unidos.

Por otra parte, tampoco el art. 154 CC, al referirse a los deberes que comprende la patria potestad de los padres desciende a detallar en qué consiste el deber de educación, limitándose a señalar que “los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres” y que la misma “se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”, comprendiendo, entre otros deberes y facultades el de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...)”. El Código civil fue promulgado en el año 1889, si bien la redacción actual del art. 154 fue fruto de la reforma operada por la Ley 11/1981 de 13 de mayo. No es casualidad que la mencionada Ley se produjera en esa fecha, sino que la reforma obedece, como no podía ser de otro modo, a un ajuste del Código civil a los principios consagrados en la Constitución española de 1978.

No obstante, y a pesar de la importancia de los dos textos legales a los que nos acabamos de referir –la Constitución española y el Código civil–, el estudio del derecho a la educación se completa con su desarrollo a

través de ley orgánica. Efectivamente, según establece el art. 81 CE “1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)”, y estando el derecho a la educación comprendido en la sección I del capítulo II del Título I de la Constitución, no basta una ley ordinaria para darle forma y contenido.

Así las cosas, hemos de remitirnos a la Ley Orgánica de Educación (y con anterioridad, a la LOCE, la LOGSE y la LOE, por orden de más reciente a más antigua en el tiempo), donde se hace referencia a la educación básica obligatoria (de los seis a los dieciséis años) y se utiliza el término escolarización. De modo que, a pesar de que se levanten voces a favor de que en la Constitución existe un vacío normativo en cuanto al contenido del derecho a la educación y, concretamente, en torno a si es posible que los padres opten por la educación de sus hijos en casa, esa pretendida laguna no es tal desde el momento en que comprobamos que en la LOE el legislador ha desarrollado este derecho en la forma que ha considerado oportuna. Cuestión distinta es que entendamos que la educación en casa no pueda ser considerada inconstitucional porque no se prohíbe en el propio art. 27 CE.

Efectivamente, en nuestro acervo legal actual el legislador ha señalado expresamente en la LOE cómo ha de llevarse a cabo el derecho a la educación básica, pese a que esa conclusión no se pueda extraer de la Constitución, siendo destacable, asimismo, el hecho de que no exista ninguna norma en la que se establezca de forma explícita que educar en casa esté prohibido.

II. EN QUÉ CONSISTE LA EDUCACIÓN EN CASA O HOMESCHOOLING. UNA MIRADA HACIA OTROS PAÍSES

El *homeschooling* es el nombre en inglés de la opción de educar en casa pudiendo ser definido como “la enseñanza en casa donde puedan los padres educar a sus hijos según sus convicciones y de la manera que ellos consideran óptima”¹ o, simplemente, como “la educación de los niños en edad escolar en casa en vez de en la escuela”. A los *homeschoolers* les gusta decir que el mundo es su clase².

¹ Así, E. Basalo Moreno, “Home schooling, ¿la enseñanza del futuro?”, *Derecho y opinión*, n.º 7, 1999, p. 63.

² Vid. I. Lyman, “Homeschooling: back to the future?”, *Cato Policy Analysis*, n.º 294, January, 7, 1998, disponible en <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-294.html> (consulta de 25/02/2013).

Esta modalidad de educación supone asumir de forma íntegra la educación de los hijos, tanto en los aspectos de adquisición de conocimientos y habilidades, como en la transmisión de valores y principios, sin delegar ninguna de estas funciones en instituciones educativas³. No existe una única denominación para este fenómeno alternativo a la educación en centros de enseñanza, si bien las voces más usadas en España son: escuela en casa, *homeschooling*, educación en familia, educación en casa, aprender en casa, crecer sin escuela, aprender sin escuela, crecer en el domicilio, instrucción libre, educación libre, entre otras. Todas esas denominaciones definen una misma realidad aunque con matizaciones, si bien preferimos la de *homeschooling* tanto por ser el término más utilizado y extendido, como por expresar un traslado de competencias educativas de la escuela a casa, pero sin negar la primera⁴.

Por otro lado, pese a sus similitudes, no es posible equiparar la educación en casa con la educación a distancia que sí que se contempla para casos especiales. Efectivamente, una alternativa a la escolarización en un establecimiento escolar es la enseñanza a distancia⁵. A pesar del escaso conocimiento del tema por la sociedad, la educación primaria y secundaria a distancia tienen una oferta oficial (Centro para la Innovación y Desarrollo de la Enseñanza a Distancia –CIDEAD–⁶), aunque en tales casos el alumno debe contar con la autorización de la Administración correspondiente, por lo que sí existe un control por parte del Estado sobre este tipo de educación que, además, está restringido a una minoría⁷.

³ Tal y como se señala desde la Asociación por la Libre Educación (ALE), que nació en 2002 con el objetivo, entre otros, de servir de canal de comunicación entre las Administraciones públicas y las familias que practican la educación en familia, *vid.* <http://www.educacionlibre.org/inicimarc.htm>

⁴ C. Cabo González, *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Tesis doctoral leída en 2012, p. 24, disponible en <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/indice.htm> (consulta de 20/02/2013).

⁵ Igualmente en Francia, por citar otro ejemplo, junto a los establecimientos privados, el Centro Nacional de Enseñanza a Distancia (CNED) es un establecimiento público de enseñanza por correspondencia, organizado para asegurar la instrucción de los menores que no pueden ser escolarizados en una escuela o en un establecimiento escolar (Code de l'éducation, L 444-3). Si la instrucción es asegurada por el CNED con autorización del inspector de la academia y los padres no reenvían los deberes que ha de realizar el hijo, este último no será considerado como escolarizado, *vid.* Y. Dubois, *Droit des mineurs à l'usage des professionnels de l'enfance*, Editions du Puits Fleuri, Héricy, 2008, p. 168.

⁶ Para más información, *vid.* <http://www.cidead.es/>

⁷ Dicha oferta se encuentra restringida a los residentes de nacionalidad española en el extranjero; a los residentes en el extranjero que hayan iniciado, con anterioridad, estudios reglados españoles; a los residentes en España que, por causas excepcionales, (pertenecer a familias de vida itinerante, enfermedades, zonas rurales alejadas, deportistas de alto rendimiento) no pueden asistir a un centro ordinario, etc.

En todo caso, ante la pregunta de qué tipo de familias escogen el *homeschooling*, tendríamos que contestar que actualmente lo practican familias de todo tipo, raza, condición socioeconómica, ideología, etc. Pero todas ellas tienen en común el poseer gran confianza en su habilidad para llevar a cabo un trabajo competente en relación con la educación de sus hijos con un mínimo apoyo institucional⁸. Por tanto, los padres que educan en casa no son un grupo homogéneo (de hecho, incluso es discutible que el término “grupo” sea apropiado en este caso debido a la naturaleza fragmentada del mismo) y no hay una sola forma de llevar a cabo este tipo de educación, ya que los métodos de la educación en casa atienden a la discrecionalidad de los padres⁹.

Asimismo, en cuanto a los motivos por los que dichas familias optan por la educación en el hogar, éstos son de diversa índole. Algunas familias esgrimen razones pedagógicas, otras de carácter religioso o ideológico; también la falta de disciplina en la escuela, la mala calidad de la educación, o simplemente que los padres consideran esta alternativa la más adecuada para la adquisición de conocimientos y habilidades por sus hijos. En cualquier caso, suelen elegir esta opción porque consideran que pueden ofrecer una educación igual o mejor si no la delegan en las instituciones escolares¹⁰.

En España no disponemos de cifras o censo oficial sobre el número de familias que practican el *homeschooling*, aunque existe alguna estimación en torno a que dos mil familias lo practican y unos cinco mil niños reciben educación en casa en lugar de acudir a un centro docente¹¹. Está claro que los padres que practican el *homeschooling* ven en esta opción ventajas en la educación de sus hijos, si bien es cierto que los detractores de esta alternativa educativa ponen sobre la mesa algunas razones contrarias a que se lleve a cabo esta modalidad de educación.

Efectivamente, entre las ventajas del *homeschooling* se suele hacer

⁸ En este sentido, I. Lyman, *cit.*

⁹ Así, R. Morthon, “Home education: Constructions of choice”, *International Electronic Journal of Elementary Education*, vol. 3, Issue 1, October, 2010, disponible en http://www.iejee.com/3_1_october2010.html, p. 45 (consulta de 15/03/2013).

¹⁰ En definitiva, todas esas razones se pueden resumir en cuatro: desacuerdo con las escuelas públicas, el deseo de impartir valores religiosos, excelencia académica y construir vínculos familiares más fuertes, por todos, I. Lyman, *cit.*

¹¹ M.R. Belando Montoro, “El movimiento desescolarizador y la alternativa de la educación en el hogar. La práctica de esta modalidad educativa en España”, disponible en <http://www.unioviedo.es/site09/Addendas/Belando1.pdf> (consulta de 25/02/2012); http://www.expansion.com/2012/12/11/entorno/aula_abierta/1355215067.html (consulta de 19/3/2013).

referencia¹² a que el ritmo de aprendizaje se adapta a las necesidades de cada menor; los padres participan en el proceso de aprendizaje; existe un ambiente donde prima la atención personalizada; se mantiene el interés por el aprendizaje y por los procesos de exploración espontáneos e, incluso, se produce una interacción plena de todos los miembros del entorno social, evitando la división por edades propia de los centros docentes.

Por otro lado, los argumentos en contra de esta forma de educación podrían resumirse como sigue¹³: el contenido de la educación puede llegar a ser deficiente; la ideología de los padres en algún caso podría llevar al adoctrinamiento; la inexistencia de control por parte de las autoridades públicas podría esconder algún supuesto de abuso¹⁴; o el hecho de que sea uno de los progenitores –en la mayor parte de los casos la madre¹⁵– quien dedique más tiempo a la educación de los hijos, podría contribuir a que la mujer dejase de lado su propio desarrollo profesional. No obstante, el mayor inconveniente sería que los menores corren el riesgo de la falta de socialización¹⁶, por lo que no se produciría

¹² Por todos, *vid.* C. Cabo González, *cit.*, pp. 361 a 364.

¹³ Resulta interesante señalar que aun cuando los padres están practicando el *homeschooling* de la forma en que sería deseable, surgen inconvenientes o dificultades ya que no tienen referentes externos para valorar los progresos de su hijo; les invade la sensación de que no avanzan en sus aprendizajes; existe un sentimiento de culpabilidad al pensar que pueden estar privando a sus hijos de conocimientos imprescindibles; se encuentran solos al no haber muchas familias que lo practican y estar dispersas geográficamente; no es fácil conciliar necesidades de niños de diferentes edades; por otro lado está la conciliación laboral; la falta de reconocimiento legal supone constantes problemas, etc. Por todos, *vid.* C. Cabo González, *cit.*, pp. 364 a 367.

¹⁴ Así, en la SAP Tarragona de 30 de diciembre de 2011 (JUR 2011, 149887), ante el maltrato psicológico que las niñas recibieron por el padre, según apunta la madre, el informe de Auxilio Judicial de 19/03/2010 recoge “que no se había potenciado la socialización de las hijas, por lo que se han visto privadas de la recepción de estímulos de la sociedad en la que tienen que vivir y convivir”, señalándose que “existen indicios razonables de malos tratos en relación a las niñas, como encerrarlas en una casa aisladas con su madre o tratos vejatorios” (FJ 3), por lo que se confirma la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la mujer n° 1 de Reus, de 29-03-2010 y por tanto no se estima el recurso de apelación del demandante en relación con el establecimiento de un régimen de visitas en un Punt de Trobada.

¹⁵ La educación en casa requiere que uno de los padres se dedique de lleno a los niños según un estudio de 2009 de Instituto nacional para la investigación de la educación en el hogar http://www.expansion.com/2012/12/11/entorno/aula_abierta/1355215067.html (consulta de 19/3/2013).

Unos 5.000 menores reciben la educación en casa en lugar de ir al colegio y normalmente se encargan las madres. Un 81% de las mujeres que escolarizan a sus hijos en casa no trabaja fuera del hogar. Ese informe revela además que esas familias son, normalmente, numerosas. Un 68,1% tiene tres o más niños. Y un 91,7% es de raza blanca.

¹⁶ Encontramos autorizadas opiniones que se muestran en contra de la educación en casa

su inserción social. Enlazando con esto último, considero necesario incidir en que los padres que practican esta opción educativa se preocupan para que no ocurra así organizando reuniones o excursiones con otras familias que también practican la educación en casa, o inscribiendo a sus hijos en actividades deportivas o de otra índole, precisamente con el fin de evitar el aislamiento social del menor. En todo caso, no lo olvidemos, la sociedad existe mucho antes que la escuela.

Un argumento que reforzaría la conveniencia de que el legislador español diera carta blanca al *homeschooling* sería que en la mayoría de países desarrollados, salvo en Alemania, está admitida esta práctica. En Estados Unidos es legal en todos sus Estados y en lo que a Europa se refiere, por ejemplo en Francia se concede a los padres el derecho a elegir el centro docente de sus hijos pero no es obligatorio escolarizarlos. En caso de pretender llevar a cabo la educación de los hijos en casa han de informarlo a la inspección académica¹⁷. De forma que en este país vecino, la asistencia a un establecimiento escolar es una de las modalidades de instrucción pero no la única y en la propia ley se reconoce la facultad que tienen los padres de decidir otros métodos y lugares de aprendizaje alternativos¹⁸.

También el ordenamiento jurídico italiano deja un amplio margen de libertad a los padres en la elección de valores educativos, éticos, religiosos, etc., a transmitir a los hijos¹⁹, pero como la sociedad no puede desinteresarse del cuidado y correcto crecimiento del menor, la ley prevé varios tipos de intervención judicial en caso de que se cause un perjuicio a los hijos derivado del ejercicio de la educación²⁰.

aportando, entre otros, el argumento de la falta de socialización, como la que formula el Magistrado Vicente Gimeno Sendra en su voto particular a la STC de 3 de octubre de 1994.

¹⁷ Así, Y. Dubois, *cit.*, p. 112.

¹⁸ En concreto, según el art. L131-2 Code de l'éducation "*La instrucción obligatoria puede tener lugar en los establecimientos o escuelas públicas o privadas, o en las familias a cargo de los padres, o por uno de ellos, o por cualquier persona que elijan*", y la instrucción es obligatoria entre los seis y los dieciséis años (art. L131-1 Code de l'éducation).

En el caso de la educación en casa, las personas responsables del menor han de declarar al Ayuntamiento y al inspector correspondiente que llevarán a cabo la educación de sus hijos en la familia. En este caso, se exige una declaración anual y el inspector o su delegado acusará recibo de su declaración (art. R131-2 Code de l'éducation). Quien no proceda a la oportuna comunicación será castigado con multa (art. R131-18 Code de l'éducation). *Vid.* Y. Dubois, *cit.*, pp. 163, 165-166.

¹⁹ Concretamente, el art. 1. 4 del Decreto Legislativo n° 76 de 15 de abril de 2005 señala que "*Los padres, o quien les sustituya, que intenten llevar a cabo de forma privada o directa la instrucción de sus hijos, a los fines del ejercicio del derecho-deber (a la instrucción y a la formación), deberán demostrar que tienen capacidad técnica o económica y comunicarlo cada año a la autoridad competente, para que proceda a los controles oportunos*".

²⁰ De modo que en el caso de incumplimiento de los deberes de educación a cargo de los

Asimismo, la legislación portuguesa contempla tres formas de ejercer la educación: pública, privada y en la familia (Decreto-ley n° 553/80). Para optar por la opción de la educación en familia, los progenitores han de comunicarlo a las autoridades correspondientes y es preciso que se realicen las oportunas pruebas de evaluación a los cuatro, seis y nueve años.

Igualmente ocurre en Reino Unido aunque no de forma explícita, al limitarse la Sección 7 Education Act 1996 (England and Wales) a señalar que los padres cuyos hijos estén en edad escolar les proporcionarán una educación eficiente y a tiempo completo adecuada a su edad, habilidades y aptitudes y toda la educación especial que puedan necesitar, ya sea mediante la asistencia regular a una escuela o de otra manera.

Y así ocurre en otros muchos países europeos, como por ejemplo también en Bélgica, en donde la educación en casa es legal desde 1983 (art. 1° §6 de la Loi belge sur l'enseignement à domicile, de 29 de junio de 1983).

Por último, en Alemania el *homeschooling* es ilegal de forma expresa, y se persigue de forma activa²¹, de ahí que incluso algunas familias alemanas se hayan marchado hacia otros países de Europa en busca de legislaciones que amparasen esta modalidad de educación²². Al no estar permitida esta práctica²³, en ocasiones se lleva a cabo en secreto, unas veces con tolerancia tácita de parte de las autoridades locales y otras con consecuencias legales que van desde una multa a la pérdida parcial de la patria potestad o incluso la posibilidad de una pena de prisión, por lo

padres, el juez puede adoptar las medidas previstas en los arts. 333 y 330 *Codice Civile*. En particular, disponer el alejamiento del hijo de la residencia familiar o, incluso, en los casos más graves, disponer la pérdida de la patria potestad ex art. 330 CC, pudiendo incluso derivar penalmente en un delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar a tenor del art. 570 CP. Vid. C. Mascarello, "L'assistenza ai figli", en *Il diritto delle relazioni affettive*, a cura de Paolo Cendon, vol. II, Cedam, Milani, 2005, p. 1095.

²¹ No obstante, algunos autores alemanes son partidarios de su reconocimiento, así, F. Reimer, "School attendance as a civic duty v. home education as a human right", *International Electronic Journal of Elementary Education*, vol. 3, Issue 1, October, 2010, p. 14, disponible en http://www.iejee.com/3_1_october2010.html (consulta de 15/03/2013).

²² T. Spiegler, "Home Education in Germany: An Overview of the Contemporary Situation", *Evaluation & Research in Education*, vol. 17, 2&3, 2003, p. 187, disponible en http://www.thh-friedensau.de/dozentenseiten/spiegler/030_Publikationen/erie.pdf (consulta de 15/03/2013).

²³ En la mayoría de los Länder alemanes se prohíbe legislativamente esta fórmula educativa y se impone la escolarización obligatoria a todos los menores, a pesar de que hasta 1930 era una práctica habitual en Alemania. En aquellos casos en que familias, generalmente extranjeras, en concreto americanas o canadienses, han optado por la educación al margen de la escolarización obligatoria, han tenido que empadronarse en países próximos, como Italia o Austria, vid. A.M. Redondo, *cit.* p. 139.

que la situación de las familias que educan en el hogar en Alemania es muy impredecible²⁴. Algo similar ocurre en España, donde se asimila la escolarización obligatoria con la enseñanza básica obligatoria, y por tanto la ley no reconoce otra educación al margen del sistema escolar y aunque, como veremos, en nuestro país esta práctica viene siendo tolerada en algunos supuestos, hasta la fecha sigue siendo muy limitada.

III. LA PATRIA POTESTAD EN EL CÓDIGO CIVIL: EL DEBER DE EDUCACIÓN

Tras la promulgación de la Constitución española ya no cabe buscar en el Derecho civil los criterios básicos de la ordenación de la convivencia y las categorías fundamentales del sistema, que ahora se encuentran en la Constitución, de modo que el Código Civil le ha cedido su carácter casi exclusivo de instrumento fundamental en nuestro ordenamiento jurídico²⁵. Ello hizo preciso adaptar la regulación de muchos preceptos civiles a los nuevos postulados, por lo que urgía una modificación legislativa en el ámbito civil. A resultas de ello, el Código civil ha resultado profundamente alterado dado que ha tenido que asumir la incidencia directa de Constitución sobre todo el ordenamiento jurídico.

En concreto, según el art. 154 CC *“Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres”*. Dicho artículo continúa señalando que esta potestad comprende, entre otros, los siguientes deberes y facultades: *“1. Velar por ellos (los hijos), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...)”*. Pues bien, con el art. 154 CC se abre el elenco de artículos destinados a la patria potestad (arts. 154 a 171 CC), dentro del Título VII *“De las relaciones paterno filiales”* de su libro I, reformado en gran parte por la ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. No encontramos definición alguna de la patria potestad en el Código civil y por ello acudimos a su contenido, es decir, tanto a los deberes de los padres frente a sus hijos no emancipados (art. 154 CC), como a los deberes de los hijos no emancipados frente a sus padres (art. 155 CC). En todo caso, la patria potestad *“se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica”* (art. 154 CC, segundo párrafo).

Tras la mencionada reforma no se abandonó la terminología originaria

²⁴ T. Spiegler, *cit.*, p. 185.

²⁵ En este sentido, R. Barber Cárcamo, *“La Constitución y el Derecho Civil”*, REDUR nº 2, 2004, p. 40.

del Código civil y en la actualidad se sigue utilizando la expresión “patria potestad”, a pesar de que la doctrina se hizo eco de que habría sido oportuno renunciar a la misma, tal y como ha sucedido en otros ordenamientos²⁶. Y ello porque la patria potestad ha pasado de implicar un poder a constituir una función. La historia de esta institución nos permite observar un proceso de debilitamiento de la autoridad parental, por lo que ha pasado a ser hoy contemplada como una función de los padres en beneficio de los hijos. Si en la concepción originaria de la patria potestad se destacaba el aspecto de derecho, en la concepción moderna se acentúa el de deber, y ambos se combinan en la noción de función, que supone un derecho otorgado para posibilitar el cumplimiento de un deber²⁷.

En cualquier caso, y a pesar de que el Código civil no recoja una definición de la patria potestad, podemos decir que es “la relación que existe entre los padres y su hijo durante un periodo temporal en el que, por la peculiar situación de dependencia y vulnerabilidad de éste (tratarse de un menor no emancipado o de un hijo mayor incapacitado), los padres deberán ocuparse de sus principales parcelas personales y patrimoniales, ostentando su representación legal”²⁸.

En lo que se refiere a la educación, el Código civil no precisa el alcance y exigibilidad del deber de educar, pero cabe pensar que la educación del hijo debe tender a prepararle para una vida sana física y moral, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física, pudiendo incluso, el incumplimiento de este deber, dar lugar a la privación de la patria potestad²⁹. En todo caso, la función educadora de los padres tiene una doble vertiente: de una parte, conferir por sí mismos la educación a sus hijos; y, de otra, elegir con plena libertad el centro educativo y controlar la educación que en el mismo se les imparta. Y su ámbito es exhaustivo –formación integral³⁰–:

²⁶ Así en el ordenamiento jurídico francés, donde a partir de la Ley de 4 junio 1970 se habla de *autorité parentale* aboliendo el término *puissance paternelle*; en el italiano (Ley 19 mayo 1975, *potestà dei genitori*), en el alemán (Ley 18 julio 1979, *elterliche Sorge*), *vid.* R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentario al art. 154”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1044.

²⁷ *Vid.* J.M. Castán Vázquez, “La reforma de la patria potestad”, en *Las reformas del Código civil por leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, p. 43.

²⁸ Así, J.C. Menéndez Mato, “Comentario al art. 154 del Código civil”, en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 272.

²⁹ En este sentido, J.M. Castán Vázquez, “Comentario al art. 154 del Código civil”, en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz y P. Salvador (dir.), *Comentario del Código civil*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 547-548.

³⁰ Parece que los redactores del art. 154 CC tras la reforma de 1981 creyeron conveniente

cultural, profesional, social, moral y religiosa; naturalmente, dentro del ámbito de libertad que corresponda al hijo conforme a su edad, y como señala el art. 154 CC, conforme a su personalidad³¹.

En todo caso, tenemos que diferenciar el deber y la facultad de alimentar a los hijos no emancipados, de los alimentos regulados con carácter general en los arts. 142 y siguientes del Código civil³². Estos últimos tienen carácter recíproco, duran toda la vida y se refieren a situaciones de necesidad. Son pues aplicables a los hijos y sus progenitores a partir de la emancipación de los primeros³³. A pesar de ello, los arts. 142 y siguientes del Código civil constituyen un punto de referencia en la medida que indican la extensión mínima de los alimentos.

En este sentido, a propósito del derecho a la educación nos preguntamos en qué medida la patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados puede hacerse valer en aras de que sean los propios progenitores quienes decidan cómo y en qué lugar llevar a cabo la educación. Se ha quebrado el presupuesto según el cual, lo mejor para los hijos es siempre lo que entiendan sus progenitores³⁴. Efectivamente, uno de los principios esenciales de la reforma de la patria potestad es el de que la patria potestad es una función establecida en beneficio del hijo, principio que se refleja en los apartados 2 y 3 del art. 154 CC³⁵. En todo caso, ineludiblemente, y como ya ha quedado dicho en otro lugar, los padres han de ejercer la patria potestad siempre en beneficio de sus hijos y de acuerdo con su personalidad, así como respetando su integridad física y psicológica.

No obstante, también hay que tomar en consideración el art. 158 CC, que se refiere a las medidas o disposiciones que puede dictar el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, recogiendo en su apartado 4º, una cláusula de cierre que se refiere a

añadir, junto a la educación, la formación integral (conviene recordar que el anterior art. 155 CC se refería a “educar e instruir”), si bien es cierto que este añadido parece supérfluo habida cuenta del contenido que la Constitución atribuye a la educación: tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana (art. 27.2 CE), R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentario al art. 154 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia... cit.*, pp. 1052-1053.

³¹ J.L. Lacruz Berdejo, F. de Asís Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado Echevarría, F. Rivero Hernández, J. Rams Albesa, *Elementos de Derecho civil*, IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2010, p. 401.

³² No obstante, cierta confusión se observa en Esteban Basalo Moreno, “Home schooling, ¿la enseñanza del futuro?”, *Derecho y opinión*, n.º 7, 1999, pp. 63 ss.

³³ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentario al art. 154 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia ... cit.*, p. 1051.

³⁴ *Ibidem*, p. 1047.

³⁵ Vid. J.M. Castán Vázquez, “La reforma de la patria potestad”... *cit.*, p. 42.

“las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios”. Pero ¿qué circunstancias podrán dar lugar a la intervención judicial? entre otras, estarían las que supongan una amenaza para el menor, ya sea sobre su persona, seguridad, salud, su formación moral o su educación³⁶.

El planteamiento básico del problema reside en que los defensores de la educación en casa alegan que el art. 154.1 CC establece que la patria potestad comprende, entre otros deberes el de educar a sus hijos y el de procurarles una formación integral. De ahí que entiendan, junto con el art. 27 CE, que esos padres tienen el derecho a impartir la educación a sus hijos como consideren más conveniente y en ese sentido señalan que la enseñanza que imparten a sus hijos en el seno de la familia es suficiente para cumplir el mandato constitucional sin necesidad de hacer uso de centros docentes autorizados u homologados.

En sentido contrario, cabe indicar que según el art. 154 CC la patria potestad ha de ejercerse en beneficio de los hijos y según el art. 158.4 CC que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal puede dictar las disposiciones que considere oportunas con el objeto de evitar daños al menor. Precisamente desde esta óptica es desde donde se suele señalar que dentro del derecho del menor a la educación se incluye su escolarización, “no solo por los beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones”³⁷.

IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. Aclaración de conceptos

Entre los significados del verbo “educar” se encuentra, además del de enseñar los buenos usos de urbanidad y cortesía, el de desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño³⁸. En relación con el primer significado no cabe duda de que los padres y el entorno

³⁶ *Id.*, “Comentario al art. 158 del Código civil”, en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, P. Salvador (dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, Madrid, 1991, p. 554.

³⁷ Fundamento de Derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 6 de junio de 2005.

³⁸ *Vid.* Diccionario Real Academia Española, <http://www.rae.es/rae.html> (consulta de 10-3-2013).

familiar desempeñan un papel relevante en el menor de edad. La cuestión que ahora mismo nos ocupa es la de saber hasta qué punto, los padres pueden decidir cómo y en qué lugar se lleva a cabo la instrucción o enseñanza de sus hijos en el sentido de que, amparándose en el ejercicio de la patria potestad, puedan considerar que la educación de sus hijos se lleve a cabo de forma exclusiva en su propia casa, obviando así la escolarización de los menores.

Por otro lado, la “instrucción” se refiere al caudal de conocimientos adquiridos, por lo que el término educación³⁹ es más amplio que el de instrucción, puesto que la primera comprende a la segunda. Se trata de conceptos que muchas veces se confunden si bien en la actualidad parece preferible hablar de “enseñanza” en lugar de instrucción⁴⁰. Por último, para acabar de aclarar conceptos, el término “formación”, al igual que el de educación, tiene un valor más global refiriéndose tanto a la adquisición de conocimientos como de valores, y por eso suelen utilizarse como sinónimos, aunque hay quien utiliza el término educación para la familia y el de formación para los centros docentes.

2. Antecedentes legislativos y textos internacionales

En lo que a nuestra regulación preconstitucional se refiere, y precisamente en relación con la aclaración conceptual que acabamos de realizar, antes de la promulgación de la Constitución española se utilizaba con frecuencia el término instrucción. Efectivamente, la expresión “instrucción pública” antaño muy usada y hoy generalmente abandonada en la legislación de la mayor parte de los países, corresponde con bastante aproximación a la acción administrativa desplegada a través de los distintos centros docentes o establecimientos de enseñanza⁴¹.

Una vez finalizada la Guerra Civil española, el régimen franquista defendía un modelo de educación que se basaba en la doctrina de la Iglesia

³⁹ El término “educación” tiene un valor más global en el sentido de que contempla la educación formativa como un todo complejo e interrelacionado. Al referirnos a educación lo hacemos en el doble sentido de transmisión de conocimientos y destrezas pero también de valores morales y sociales. La educación implica un proceso de mayor complejidad y calado que la instrucción y consideramos que puede producirse de forma informal, pero consciente tanto en la familia como en la sociedad y en la escuela, aunque en esta última de manera más formal. *Vid. C. Cabo González, cit. p. 21.*

⁴⁰ Al término “enseñanza” se le puede asignar el valor actualizado de instrucción. Difiere de él en que no tiene sus connotaciones autoritarias y que en su terreno competencial es mucho más amplio. *Ibid. loc. cit.*

⁴¹ Así, en la Nueva Enciclopedia Jurídica no existe la voz “educación”, sino que se remite a la voz “instrucción”, *vid. A. Guaita, “Voz Instrucción pública”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XIII, Barcelona, 1968, editorial Francisco Seix, p. 126.*

Católica. En este sentido, el artículo quinto del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 señalaba que *“Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección (...)”*⁴², y en su artículo veintidós que *“El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda Ley humana positiva”*.

Asimismo, la Ley de 17 de julio de 1945, de Educación Primaria, en su artículo segundo establecía que *“corresponde a la familia el derecho primordial e inalienable y el deber ineludible de educar a sus hijos (...)”*. Y en su artículo cincuenta y cinco señalaba que *“A los derechos inalienables que competen a la familia en el orden docente corresponde una serie de deberes efectivos en lo que atañe a la Escuela: Primero. Procurar a su prole la educación a que se refieren los artículos del título I en el propio hogar o en instituciones públicas o privadas. Del cumplimiento de este deber será responsable ante la autoridad judicial competente e incurrirá en las sanciones que se determinen por falta contra la obligatoriedad de la educación”*.

Vemos cómo, antes de la promulgación de la Constitución española, la educación en casa era una práctica recogida tanto en el Fuero de los Españoles como en la Ley de Educación Primaria, ambas de 1945, por lo cual, si hiciéramos una interpretación histórica del actual art. 27 CE, habría que tener en cuenta estos referentes legales.

Además, junto a ello hay que traer a colación la regulación de algunos textos internacionales, pues no hace falta recordar que según el art. 10.2 CE las normas referidas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se tienen que interpretar de conformidad tanto con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) como con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias que hubieran sido ratificados por España. En concreto, el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece que *“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”*.

De forma similar, el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1952, también conocido como Protocolo nº 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, en su art. 2, referido al derecho a la instrucción, se establece que no se puede negar a nadie el derecho a la instrucción y

⁴² Igualmente, la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958 por la que se promulgan los principios del movimiento nacional, en su Principio IX recogía que: *“Todos los españoles tienen derecho: (...) a una educación general y profesional, que nunca podrá dejar de recibirse por falta de medios materiales (...)”*.

que *“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 y filosóficas”*.

Por último, en ocasiones también se ha traído a colación el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en el que se establece que se reconoce el derecho de toda persona a la educación y que ésta debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y gratuita, y que los padres y tutores legales pueden escoger escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas cumplan los requisitos legalmente establecidos, así como permitir que los hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral acorde con sus convicciones. No obstante, sólo si cuando se hace referencia a las “escuelas distintas” hacemos una interpretación amplia, podría tener sentido traer a colación aquí este razonamiento.

En virtud de lo anterior, tampoco en estos textos se recoge la necesaria escolarización de los menores, sino que en todo caso se respeta la libertad de sus padres o tutores legales, según corresponda.

3. El art. 27 de la Constitución española

La Constitución española hace referencia al derecho a la educación en su art. 27 que, en los diez números que lo componen, desciende a su regulación. En lo que ahora nos interesa, en primer lugar, *“1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”*, es decir, se trata de un derecho fundamental y absoluto. Asimismo, *“2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”*, de modo que el legislador ha querido dejar claro cuál es el objeto de dicho derecho. En todo caso, *“3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”*, es decir, los padres tienen derecho a elegir la formación religiosa y moral que estimen más oportuna para sus hijos. De todas formas, el apartado 4 del art. 27 podríamos decir que es el más polémico en su interpretación, al señalar que *“4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”*, y no quedar establecido en el texto constitucional si esa

enseñanza va necesariamente unida a la escolarización⁴³.

En cualquier caso, cuando hablamos del derecho a la educación hay que preguntarse si nos encontramos ante un derecho de los padres o un derecho de los hijos. Es decir, nos encontramos ante una posible colisión de derechos entre el art. 27.4 CE (la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, suponiendo que se refiera a la escolarización)⁴⁴ y el art. 27.3 CE (derecho de los padres y tutores a que sus hijos o pupilos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones). Desde esta segunda opción, algunos autores entienden que el derecho a la educación en casa es consecuencia de la libertad de enseñanza en su manifestación del derecho que la Constitución reconoce a los padres de elegir la educación que deseen para sus hijos, ya sea en su concreción del art. 27.3 CE ya sea en su formulación genérica del art. 27.1 CE, cuya interpretación amplían a la luz del art. 26.3 DUDH⁴⁵.

Efectivamente, de esa colisión surgen problemas y hay que ponderar distintos intereses. Por un lado, el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a la libertad que se reconoce y garantiza constitucionalmente; por otro, el derecho del menor a recibir una formación integral que sirva a su desarrollo personal y le permita ser autosuficiente. Por último, el interés público-constitucional de que toda persona reciba una enseñanza básica en el conocimiento y respeto de los principios democráticos de convivencia y de los derechos fundamentales⁴⁶. No cabe duda que por encima de cualquier otra consideración ha de primar, indiscutiblemente,

⁴³ Los otros tres números del art. 27 CE que ahora nos interesan señalan: “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.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes”.

⁴⁴ En relación con la frase “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita” del art. 27.4 CE, entiende Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, desde la perspectiva de que la enseñanza obligatoria equivale a la escolarización, que la obligatoriedad no se define por el objeto educativo –el nivel básico– sino por el sujeto –el menor o el adolescente–. En rigor habría que hablar de escolarización obligatoria durante las edades en que el sistema educativo se corresponde con el nivel básico. Así, ni el adulto analfabeto está obligado a la enseñanza básica, ni la obligación afecta al niño más allá de la edad establecida, cualquiera que sea el nivel que en este tiempo hubiese alcanzado, *vid. De la libertad de enseñanza al Derecho a la educación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, p. 47.

⁴⁵ M.J. Valero Estarellas, “Homeschooling en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos”, *RGDCEE* 28 (2012), p. 26, disponible en <http://www.iustel.com>

⁴⁶ Así, A.M. Redondo, *cit.*, p. 124.

el interés del menor⁴⁷.

Un escenario en el que no podemos objetar nada cuando los elementos del sistema educativo miran todos en la misma dirección. Pero ¿qué ocurre cuando a partir de ese derecho que se reconoce a los padres, éstos deciden sustraer a sus hijos del sistema de escolarización obligatoria, debido a que sus convicciones les llevan a desconfiar de la enseñanza programada por el Estado?⁴⁸ Tan cierto es que la Constitución no reconoce el derecho a que los padres opten por una enseñanza fuera de las vías reconocidas, educando a sus hijos en casa, como que no constitucionaliza un sistema educativo concreto y cerrado, sino que atribuye al legislador amplias competencias para establecer el armazón educativo que por razones de oportunidad entienda más conveniente en cada momento, siempre dentro de los objetivos y límites que para el derecho a la educación establece la propia Constitución y del respeto al derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación que esté de acuerdo con sus convicciones⁴⁹.

Con todo, el art. 27 CE es una norma plausible y sistemática a la que nadie debe pedir más de lo que puede dar y que, felizmente, no contiene en embrión un modelo educativo cerrado que sería radicalmente incompatible con los propios valores constitucionales⁵⁰.

4. La Ley Orgánica de Educación

Dentro de las competencias de organización y programación del sistema educativo, el legislador español ha optado por establecer la escolarización de los menores con edades comprendidas entre los seis y los dieciséis años, vinculando, a partir de ese momento, la educación básica obligatoria prevista en la Constitución con la escolarización obligatoria.

Efectivamente, el legislador ha concretado el mandato constitucional del art. 27 en un conjunto de normas de obligada referencia para entender el sistema educativo, ya que en ellas se recogen los contenidos, objetivos, principios básicos, métodos y criterios de evaluación de cada nivel y etapa, sin que la ley prevea otras fórmulas alternativas como la posibilidad

⁴⁷ En el fundamento de derecho segundo del auto de la AP Girona, de 3 de junio de 2011, se establece que *“La potestad parental que los padres tiene sobre sus hijos de tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y darles una forma (sic) integral está sometida a la Constitución y a las leyes, sin que puedan ejercerla a su libre albedrío, y no pueden atribuirse unos derechos que corresponde a los hijos y no a los padres, como es el derecho a la educación conforme dispone la legislación vigente”*.

⁴⁸ Así, M. Yzquierdo Tolsada, *“La patria potestad”*, en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cueno Casas (dir.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, Aranzadi, 2011, pp. 57-58.

⁴⁹ Vid. M.J. Valero Estarellas, *cit.*, pp. 22-23.

⁵⁰ Así, A. Fernández-Miranda y Campoamor, *cit.*, p. 12.

de que esa enseñanza básica se suministre en el hogar o en instituciones diferentes a los centros escolares⁵¹.

Fue en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (más conocida como LOGSE, vigente hasta el 24 de mayo de 2006) cuando se optó por asimilar expresamente la escolarización con la enseñanza básica obligatoria ante la necesidad de superar las carencias económicas y estructurales que la educación había sufrido en momentos pretéritos⁵². Y ello porque la Ley 8/1985, de 3 de julio (LODE, aún en vigor) en su artículo primero, punto 1, se limita a señalar que *“Todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de Educación General Básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la Ley establezca”*. Sin embargo, ya en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo⁵³ se hacía referencia a la escolaridad, y concretamente en su art. 5.1 se establecía que la *“La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la enseñanza básica. La enseñanza básica comprenderá diez años de escolaridad, iniciándose a los seis años de edad y extendiéndose hasta los dieciséis”*, así como (apartado segundo) que la enseñanza básica era considerada obligatoria y gratuita.

De forma similar, en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante, LOCE, vigente hasta el 24 de mayo de 2006) el art. 9 establecía que la enseñanza básica abarcaba la Educación Primaria⁵⁴ y la Educación Secundaria Obligatoria, siendo obligatoria y gratuita (apartado primero), así como que incluía diez años de escolaridad, es decir, se iniciaba a los seis años de edad y se extendía hasta los dieciséis (apartado segundo del art. 9).

Por último, también en idéntico sentido, en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (LOE), se establece que la educación primaria y

⁵¹ En este sentido, A.M. Redondo, *cit.*, p. 123.

⁵² Por todos, A.M. Redondo, *cit.*, p. 124; J.M. Martí Sánchez, “El “homeschooling” en el Derecho español”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 25, 2011, p. 4, disponible en Revistas@iustel.com

⁵³ En el Preámbulo se puede leer que *“Se ha alcanzado la escolarización total en la educación general básica (...)”*, así como que *“En el Título Preliminar se concreta la enseñanza básica contemplada en el artículo 27.4 de la Constitución, determinándose en diez años su duración, ampliándose, por consiguiente, en dos años la existente hasta ahora, y extendiéndose desde los seis hasta los dieciséis años”*.

⁵⁴ Y el art. 14 LOCE, referido a los principios generales de la educación primaria, establece que *“La Educación Primaria comprenderá seis cursos académicos, que se cursarán ordinariamente entre los seis y los doce años”*.

la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica (art. 3.3) y que es obligatoria y gratuita para todas las personas, comprendiendo diez años de escolaridad que se desarrollan, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad (art. 4).

Como vemos, a partir de la LOGSE –actualmente derogada– es cuando se vincula la educación básica con la escolarización obligatoria, siguiendo está fórmula tanto la LOCE (art. 9.2), como la LOE (art. 4.2), de forma que dichos artículos van más allá que el propio contenido del art. 27 CE. Por lo tanto, con la Ley Orgánica de Educación actual constatamos que no hay vacío ni laguna alguna que rellenar en el sentido que venimos apuntando y, por muy tentados que nos pudiéramos ver, sólo *de lege ferenda* podríamos acudir a la máxima *inclusio unius exclusio alterius*.

Con todo, lo que sí que es cierto es que, a consecuencia del desarrollo que estas leyes orgánicas han supuesto para el derecho a la educación previsto en el art. 27 CE, la interpretación resultante es de carácter restrictivo. No obstante, mientras que el legislador ha optado por equiparar enseñanza básica obligatoria con escolarización obligatoria, los jueces han sido más condescendientes y aunque no existen muchas resoluciones judiciales en esta materia, cuando los tribunales se han pronunciado al respecto, en algunas ocasiones han dado muestras de flexibilidad en la interpretación de la norma, tal y como se observa en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de febrero de 1996, al señalar, en relación con la libertad de enseñanza del art. 27.1 CE, “*que debe incluir, aunque no tenga formulación expresa, pero que se deriva necesariamente de ese principio de libertad, el derecho de los padres a escoger el tipo, método o clase de educación, siempre que cumpla los límites o mínimos exigibles*”⁵⁵.

Incluso la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 2 de diciembre de 2010, pese a que deniegue el amparo de los padres que practicaban la educación en casa basándose en que la medida propuesta como alternativa en modo alguno resulta igualmente eficaz en aras de satisfacer el mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE, señala que la actual previsión normativa “*no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos concretos de su régimen jurídico (...). Quiere ello decir que a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas*

⁵⁵ Los hechos consisten en una madre que deja de cumplir los deberes de guarda inherentes a la patria potestad, dado que no escolariza a sus hijos, recibiendo éstos formación en una asociación que si bien no contaba con la preceptiva autorización, utilizaba sistemas similares a la LOGSE. La conducta de la acusada apelante no entra dentro del tipo del núm. 1 del art. 584 del Código Penal Sección 2ª de la AP Granada, jurisdicción penal, FJ 2º.

que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)". En todo caso, cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones que son propias del Tribunal Constitucional que, como sabemos no debe erigirse en un legislador positivo⁵⁶.

Sin embargo, en otros pronunciamientos, como en el auto de la Audiencia Provincial Girona de 3 de junio de 2011⁵⁷ o en el auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de abril de 2012⁵⁸, se insiste en que según el art. 117 CE el principio de legalidad es básico en la actuación de Jueces y Tribunales y que el art. 6.2 CC prevé que *"la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros"*, así como que el art. 9.1 de la Constitución señala que *"los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"*. Con base en estos preceptos, desde otra perspectiva se defiende la exclusividad de la opción legal prevista en la LOE.

En este sentido, y volviendo a la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010, *"la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante LOE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del art. 27.4 CE, incluye diez años de escolaridad"*. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional viene a decirnos que no existe vacío legal y la obligación de escolarizar se deriva de la mencionada Ley Orgánica (si

⁵⁶ Así en el FJ 9°.

⁵⁷ FJ 2°.

⁵⁸ Se trata del último pronunciamiento dictado por una Audiencia Provincial en materia de educación en casa, del que hemos tenido conocimiento. El Juzgado de Primera Instancia n° 3 de San Vicente del Raspeig dictó auto desestimando la petición del Ministerio Fiscal en relación con la escolarización de un menor que no acudía a ningún centro escolar, al estar cursando estudios en su propio domicilio a través del sistema *Epysteme*, estando matriculado en el centro West River Acedemy con sede en California, que admite la modalidad de enseñanza a distancia y con una programación didáctica que desarrollan diariamente a través de Internet. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal estableciendo que el menor debía ser inmediatamente escolarizado en el centro que sus padres decidieran, FJ 1°.

bien, en la actualidad, por haber sido derogada ésta, se aplicaría la LOE)⁵⁹.

Y continúa el Tribunal Constitucional señalando en esta sentencia que “La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros”⁶⁰.

En cualquier caso ¿en qué estudio profundo se basa el Tribunal Constitucional? Como ha apuntado algún autor⁶¹ –y aun advirtiendo que pueda parecernos un tanto exagerado–, el bajo nivel académico, la desmotivación, la indisciplina, el *bullying*, desgraciadamente muy extendidos, no proyectan esa imagen exitosa, por no hablar de que en periodos de crisis económica desciende la calidad de la docencia al disminuir los recursos materiales y personales y producirse un aumento de *ratio* en las aulas.

Aun con todo, de la STC de 2 de diciembre de 2010 podemos extraer en positivo lo que ya hemos señalado con anterioridad en relación con que a la vista del art. 27 CE no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo; es decir, el Tribunal Constitucional no se opone a que el legislador proceda al reconocimiento de modelos educativos distintos al oficial imperante⁶².

En cualquier caso, que alguien pretenda que una sentencia poco favorable a los intereses de los *homeschoolers* españoles vaya a derivar en que las más de dos mil familias que practican ese método dejen de hacerlo, o en que sirva de elemento de disuasión para otros padres, sería pecar de ingenuidad⁶³. Pero lo cierto es que todavía queda mucho por

⁵⁹ FJ 4º.

⁶⁰ FJ 7º. La sentencia que conduce a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2010 es la SAP Málaga de 6 de junio de 2005 que, como ya decíamos en otro lugar entiende “*integrada en el concepto básico de educación la escolarización, no sólo por los beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones*” (FJ 3º).

⁶¹ Así, J.M. Martí Sánchez, *cit.*, pp. 39-40.

⁶² Igualmente, M. Goiria Montoya, *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Tesis doctoral defendida en Bizcaia-Leioa, 2012, p. 435, disponible en <http://madalen.files.wordpress.com/2012/11/la-opcic3b3n-de-educar-en-casa-la-tesis.pdf> (consulta de 20/02/2013).

⁶³ M.J. Valero Estarellas, *cit.*, p. 36.

decir y legislar sobre la cuestión de la educación en casa en España.

5. Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de educación

La transferencia de la competencia de educación a las Comunidades Autónomas, que comienza en 1980 y se generaliza en 1999, puede agravar esta cuestión. En concreto, según el art. 149.1.30 CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. Asimismo, según el art. 149.3 CE las materias que no sean atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, teniendo en cuenta sus respectivos Estatutos.

La LOCE, como antes hiciera la LOGSE, potencia el ejercicio de las competencias autonómicas en materia educativa, pero no renuncia a sistematizar las enseñanzas que constituyen los aspectos básicos del currículo –al amparo de la competencia que corresponde al Estado (art. 149.1.1^a, 18^a y 30^a)–, garantizando de ese modo que la formación de los alumnos tenga un contenido común que permita la movilidad y adaptación curricular así como la validez de los títulos correspondientes en todo el territorio nacional⁶⁴.

En el actual contexto legal, podría pensarse que las Comunidades Autónomas son las que tienen competencia y capacidad para reconocer de forma expresa el derecho a educar en familia. Pero como el art. 149.1.1. CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y el art. 149.1.30 CE señala que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, considero que el reconocimiento de este forma de educación –el *homeschooling*– ha de realizarse más bien desde el plano estatal. Es decir, no parece aceptable que cada legislador autonómico, al socaire de las competencias que tuviera asumidas en materia de educación, regulase esta vía para ejercitar el derecho fundamental a la educación según su propia iniciativa y consideración, lo que daría lugar a desigualdades injustificables⁶⁵. Cuestión distinta sería que, una vez reconocida esta

⁶⁴ A.M. Redondo, *cit.*, p. 90.

⁶⁵ Siendo esto así, el mero reconocimiento a nivel de la Administración central conllevaría probablemente la regulación diferenciada de cada Legislativo autonómico,

opción, cada legislador autonómico fijase la forma concreta de llevarla a cabo, estableciendo los requisitos, condiciones o controles, que estimase oportunos⁶⁶.

Un dato interesante a tener presente lo constituye el hecho de que en marzo de 2009, la Generalitat de Cataluña anunciase que regularía esta modalidad de educación. En este sentido, la enmienda n° 170 a la Ley de Educación de Cataluña⁶⁷ (impulsada por el Grup Parlamentari Socialistes-Ciutadans pel Canvi, el Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya, y el Grup Parlamentari d'Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa) era una enmienda "*De adición a una nueva disposición adicional*" que señalaba: "*Escolarización en las enseñanzas obligatorias. Las enseñanzas obligatorias establecidas en el artículo 5.1 se imparten normalmente en los centros educativos. No obstante, reglamentariamente se establecerán las medidas de garantía de los derechos de los niños y jóvenes de aquellos padres, madres o tutores que opten excepcionalmente por educar a sus hijos e hijas, en las etapas de la educación básica, en el ámbito familiar. En las medidas que se establecerán reglamentariamente se preverá el procedimiento de acreditación pertinente para obtener el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria*"⁶⁸.

Esta enmienda suponía que, de forma excepcional, los padres podían optar porque sus hijos cursasen la educación básica en el ámbito familiar y, en caso de aprobarse, la Generalitat tendría que redactar un reglamento para someter este procedimiento al máximo control, previendo un sistema de acreditación para poder obtener el título correspondiente.

Una vez aprobada la Llei catalana d'Educació, de 10 de julio de 2009, vemos cómo esta enmienda no entra a formar parte de la redacción de dicha Ley, sino que únicamente en su art. 55 se contempla la educación no presencial, que no es lo mismo que dar carta blanca a la educación

con la consecuencia de una aplicación asimétrica del derecho tanto ante las distintas Administraciones como ante los Tribunales, en función de su propio desarrollo legislativo dentro del grado de asunción de la competencia en materia de educación que tenga conferida cada Comunidad Autónoma en su propio Estatuto. *Vid.* M. Goiria Montoya, *cit.*, p. 398.

⁶⁶ Asimismo, el art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que "*El municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria*".

⁶⁷ *El País*: Cataluña abre la vía para formar a los hijos en casa, http://elpais.com/diario/2009/03/05/sociedad/123620604_850215.html (consulta de 18/3/2013).

⁶⁸ Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, n° 422, 11/03/2009, p. 126.

en el ámbito familiar que pretendía la mencionada enmienda. En concreto, según este artículo, en aras de facilitar el derecho universal a la educación, el Gobierno ha de desarrollar una oferta adecuada de educación no presencial, pudiendo impartirse bajo esta modalidad, entre otras, las enseñanzas postobligatorias e incluso también, aunque de forma excepcional, las enseñanzas obligatorias y las demás enseñanzas que, en determinadas circunstancias, establezca el Departament d'Ensenyament. Asimismo, dicho artículo prevé que la Administración educativa organice, a través de un centro singular, la impartición específica de las enseñanzas en la modalidad de educación no presencial⁶⁹, que el profesorado que imparta las enseñanzas en la modalidad de educación no presencial posea la titulación requerida para cada etapa educativa y acredite la capacitación para ejercer la docencia utilizando medios telemáticos y demás recursos propios de la educación no presencial, así como que deberá crear y regular un registro en el que consten los datos de aquellos alumnos que se acojan a esta modalidad de educación no presencial en las enseñanzas de educación básica.

No todos los legisladores autonómicos han promulgado una ley de educación y los que lo han hecho no han descendido al nivel al que lo ha hecho el catalán. Así, tanto en la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, como en la Ley 6/2008 de Educación de Cantabria, en la Ley 7/2010, 29 de julio, de Educación de Castilla La Mancha, o en la Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura, se hace referencia a la educación a distancia pero sólo en relación con el bachillerato, la formación profesional, los centros especiales o las enseñanzas especiales como el inglés, el deporte y la de personas adultas⁷⁰.

Esto hace pensar en una especie de CIDEAD catalán. Pero hay que tener en cuenta que, en el caso de las enseñanzas obligatorias, únicamente se aceptará la educación no presencial de forma excepcional, y que algunos artículos de esta ley aún no han entrado en vigor, puesto que aunque en la disposición final cuarta se establece que *“La presente ley entra*

⁶⁹ Y en la disposición adicional vigésima octava. Creación y regulación del centro singular para la educación no presencial. *“1. El Gobierno, en el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, debe crear y regular el centro singular al que se refiere el artículo 55 y debe establecer su denominación (...)”*.

⁷⁰ Véanse los arts. 62.3 (bachillerato), 75 (formación profesional), 102.4 (idiomas), 104.3 (enseñanzas deportivas) y 110.2 y 2 (enseñanza de adultos) de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía; los arts. 59 (formación profesional), 66.3 (idiomas) y 73.2 y 77.2 y 3 (adultos) de la Ley 6/2008 de Educación de Cantabria; los arts. 62 (bachillerato), 87 (idiomas), 91 (enseñanzas deportivas), 93.2 (adultos) de la Ley 7/2010, 29 de julio, de Educación de Castilla La Mancha; y, por último, los arts. 99.2 (bachillerato), 104.7 (formación profesional), 118.6 (idiomas) y 125.1 y 2 (adultos) de la Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura.

en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*”, en la disposición adicional primera se hace referencia a un calendario de aplicación de la Ley señalando que “*El Gobierno, sin perjuicio de la entrada en vigor de la Ley, debe aprobar un calendario de aplicación que comprenda un período de ocho años*”. Es decir, el Gobierno catalán prevé un plazo máximo de hasta 8 años para completar ese calendario, con plazos más breves para determinados artículos pero, en el caso del 55, el plazo máximo es de ocho años, por lo que la nueva norma tendrá que estar totalmente desplegada el año 2017.

V. LA INEXISTENCIA DE SITUACIÓN DE DESAMPARO

Resulta evidente que no es lo mismo hablar de educación en casa que de absentismo escolar, y que la aplicación de las sanciones, ya sean civiles o penales, normativamente previstas puede ser considerada adecuada en el segundo caso pero desproporcionada en el primero. Cuando se produce absentismo escolar, la Administración se pone en contacto con los padres para comunicarles que tienen la obligación de llevar a su hijo al centro docente y, si éstos no tienen en cuenta la advertencia, se puede acudir a los tribunales. En tal caso los jueces suelen entender que existe desatención y abandono familiar hacia el menor, obligando a los padres a llevar a su hijo al centro de enseñanza. Las autoridades públicas competentes deberán adoptar las medidas necesarias para la escolarización del menor⁷¹ y, llegado el caso, entre esas medidas la más grave sería la privación de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes paterno filiales, así como la condena a los padres por un delito de abandono de familia, en su modalidad de incumplimiento de los deberes relativos a la patria potestad, previsto en el art. 226 CP⁷².

Así, en el art. 169 CC se recogen las causas de extinción de la patria potestad, mientras que en el art. 170 CC se recoge una causa excepcional:

⁷¹ Efectivamente, según dispone el art. 13.2 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un niño no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el periodo obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes que tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para proceder a su escolarización.

⁷² Se trata de un delito que la doctrina penal denomina de “omisión propia de garante”, es decir, que se consuma por la insatisfacción de los derechos o por el incumplimiento de los deberes que produce. Es una norma penal en blanco, que habrá de ser rellenada por lo dispuesto en los arts. 154 (patria potestad), 369 (tutela) y 173 (acogimiento) del Código civil.

“el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. En lo que respecta al “incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”, ha de tratarse de un incumplimiento efectivo de los deberes de cuidado y asistencia que sea imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basado en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores⁷³.

Pero esta situación no es comparable a aquella otra en la que el menor no está escolarizado pero sí bien atendido y educado en casa, no mereciendo el mismo tratamiento que la anterior. Insistimos, en ningún caso se puede confundir la actitud de estos padres que practican la educación en casa con la de aquellos otros padres que simplemente no se preocupan porque sus hijos asistan al centro docente, pues desde el punto de vista civil las diferencias son fundamentales a la hora de decretar el desamparo del menor. La simple falta de escolarización no parece que permita concluir, necesariamente, que los padres no cumplen con su obligación de educar a los hijos y procurarles una formación integral. Según el art. 172.1 CC, la entidad pública que constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección que estime necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y deberá notificarlo en forma legal a sus padres, tutores o guardadores en el plazo de 48 horas. Se considera situación de desamparo aquella que se produce como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que estén establecidos por las leyes en relación con la guarda de menores, siempre que éstos queden privados de la asistencia moral o material necesaria⁷⁴.

En relación con lo anterior, en el caso del *homeschooling* los menores no están desamparados, sino todo lo contrario, ya que estas

⁷³ Ha de tratarse de un incumplimiento grave, aunque el precepto no lo mencione, por todos, M. Yzquierdo Tolsada, en *Tratado de Derecho de la familia... cit.*, pp. 161 y 163; A.M. Rodríguez Guitián, “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”, en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cueno Casas (dir.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, Aranzadi, 2011, p. 830.

⁷⁴ SAP Córdoba de 27 de septiembre de 2012, FJ 2º: “(...) de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos”.

experiencias surgen del compromiso, no del abandono o la desidia. Es decir, el absentismo escolar sólo es castigado cuando supone dejadez por parte de los padres, pero no cuando es fruto de la preocupación y de la responsabilidad de la familia⁷⁵.

En estos casos, y pese a que inicialmente se acudió a la vía penal, se descarta la intervención penal como medio más adecuado, puesto que, fuera de los supuestos más graves, esta intervención “*debe estar reservada para aquellos supuestos en los que las enseñanzas impartidas difunden ideas contrarias a la convivencia o la tolerancia, hacen apología de la violencia, promuevan la discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos, o favorezcan la prostitución o corrupción de menores, sin perjuicio de la protección específica de estos valores en otros preceptos del ordenamiento penal*”⁷⁶. No es ésta la vía adecuada, por el principio de intervención mínima del Derecho penal. Y, en caso de desamparo, el Derecho civil posee diversos caminos destinados a conseguir la protección de los menores afectados por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de la patria potestad⁷⁷.

En efecto, la situación de desamparo (con base en el art. 172.1 CC) o de posible peligro o perjuicios para el menor (con base en el art. 158.3 CC) no tiene por qué vincularse necesariamente a la no escolarización de éste, ya que podría haberse producido igualmente aunque los menores hubieran estado escolarizados si, a pesar de dicha escolarización, la educación y formación que proporcionaban los propios padres en el ámbito familiar, tuviera una repercusión negativa en sus hijos.

De hecho, si bien el derecho a la educación se circunscribe esencialmente al derecho a ser escolarizado, el hecho de que la escolarización se produzca no es garantía suficiente de que la formación que los padres pueden proporcionar con base en sus propias convicciones religiosas o morales no pueda llegar a influir de forma inadecuada en el libre desarrollo de la personalidad del menor y así ocasionar una situación de desamparo⁷⁸. Y es que puede parecernos que el deber de educar que tienen los padres sobre sus hijos se concreta en todo caso en la escolarización, pero este

⁷⁵ Vid. M. Ángel Santos Guerra, “Escuelas fuera de la escuela”, p. 15, disponible en <http://es.scribd.com/doc/2922338/laescuelafueradelaescuela>, (consulta de 25/02/2013); A. M. Rodríguez Guitián, “Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar”, en J.R. de Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Revista Aranzadi de Derecho patrimonial, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 432.

⁷⁶ STS de 30 de octubre de 1994, Sala de lo Penal (FJ 4º).

⁷⁷ Vid. J. Egea Fernández, “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública”, *Derecho privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 280-281.

⁷⁸ Así, J. Egea Fernández, *cit.*, pp. 285-286.

planteamiento no es del todo correcto por incompleto. Incluso cuando unos padres han escolarizado a sus hijos, puede existir incumplimiento de sus deberes y por consiguiente desamparo siempre que, como decimos, se demuestre que la educación que les proporcionan es perjudicial para los mismos. Y, siguiendo con el mismo razonamiento, cuando un menor no está escolarizado pero se le imparte la debida educación, no hay necesariamente desamparo. El desamparo constituye por tanto una situación de hecho⁷⁹.

VI. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES EX ART. 1902 CC POR EL EJERCICIO DEFECTUOSO DEL DEBER DE EDUCACIÓN

En relación con el incumplimiento del deber de educar por los padres, ya hemos señalado que sólo un incumplimiento extraordinariamente grave de este deber puede llevar consigo la privación total o parcial de la patria potestad, según se deduce del art. 170 CC.

En alguna ocasión, ante la soledad y la incertidumbre que a veces acompaña a las familias que se han decantado por el *homeschooling*, puede aflorar la duda de si sus hijos, que están siendo educados en casa y por tanto no asisten a ningún centro de enseñanza, en algún momento pueden culparles de que sacrificaron su futuro en favor de sus propias convicciones personales.

En este caso, la respuesta sería afirmativa. Por supuesto que pueden pretender hacer recaer su fracaso en las opciones educativas de los progenitores. Pero no sólo estos menores, sino que también los que han sido educados de forma reglada, tal y como establece la Ley Orgánica de Educación que corresponda según cada momento, podrían dirigir contra sus padres una demanda por haber elegido un centro inadecuado o por los perjuicios o el acoso escolar que pudieran haber sufrido, en definitiva, por no haber optado por otro tipo de educación.

No nos vamos a referir ahora a la responsabilidad que en su caso correspondería a los padres por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su potestad (art. 1903.2 CC), sino que nos vamos a centrar en la responsabilidad de los padres por los daños que sufran sus hijos menores no emancipados como consecuencia de un defectuoso ejercicio de su deber de educación.

⁷⁹ Igualmente, I. Miralles González, "La familia: entre autonomía y soberanía", *RJC*, 1996, p. 81.

En todo caso, es necesario abordar este tema con cautela, es decir, con los límites necesarios para evitar que la institución de la responsabilidad civil pueda derramarse y ser utilizada para indemnizar en todo caso. Además, el punto de partida para que podamos hablar de responsabilidad es que han de darse los presupuestos necesarios: acción u omisión, daño y relación o nexo de causalidad.

El art. 1902 CC establece que “*el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”, norma que, como vemos, se refiere a la culpa sin más, a pesar de que algunas posturas doctrinales defienden que en relación con los daños aplicados a las relaciones de familia sólo es posible exigir una indemnización cuando exista dolo o culpa grave⁸⁰. Sin embargo, no es este último el sentido de la norma puesto que, aunque el art. 1902 CC nada especifique en relación con la culpa, no ocurre lo mismo con el art. 1104 CC, en donde se establece que la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y lugar, y que cuando la obligación no señale expresamente la diligencia a seguir, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia⁸¹.

Parte de la doctrina entiende que los hijos no podrán solicitar una indemnización a consecuencia de estos daños, porque no hay una estricta y propia obligación jurídica de educar al hijo, ya que la educación se trata de un proceso tan complejo que supera los márgenes limitados de la exigibilidad jurídica. Sin embargo, otros autores entienden, –opción a la que nos sumamos–, que no hay razones para oponerse de entrada a esa demanda de indemnización de daños y perjuicios hacia sus progenitores. Es cierto que el deber de educar a los hijos es muy amplio y tiene un carácter moral muy claro, pero no por ello deja de ser un deber impuesto por ley, que responde a un derecho fundamental del menor⁸².

De forma que si los padres sólo respondieran de los daños a sus hijos como consecuencia de una defectuosa educación en el caso de que hubieran actuado por culpa leve, estaríamos elevando de forma considerable el nivel de diligencia que les resulta exigible, mientras que, por el contrario, si sólo respondieran por culpa grave, estaríamos siendo más flexibles al considerar que la diligencia exigible es mucho menor. Pero

⁸⁰ Así, A.M. Rodríguez Guitián, “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”, *cit.*, p. 831.

⁸¹ Vid. C. López Sánchez, “Daños causados por los padres a la salud o integridad física de sus hijos menores”, en J.A. Moreno Martínez (coord.), *La responsabilidad civil en las relaciones familiares*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 292-293.

⁸² A.M. Rodríguez Guitián, “Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales”, *cit.*, pp. 831-832.

nuestro Código civil no diferencia ni gradúa la culpa, sino que se limita a remitir a ese modelo de conducta. Por tanto, no hay razones suficientes que avalen un tratamiento benévolo a favor de estos progenitores. En primer lugar, porque eso no es lo que dice nuestro Código civil. Y, en segundo lugar, porque razones como que se podría quebrar la armonía, la paz o la estabilidad de la familia hoy en día carecen de la justificación que otrora tuvieran. Ahora lo que resulta fundamental es tener en cuenta si la actuación de los progenitores lesiona algún interés que está protegido en la Constitución, lo que efectivamente ocurre en este caso donde está en juego el derecho fundamental a la educación. Además, el daño al que se refiere el art. 1902 CC ha de suponer una lesión de cierta gravedad, quedando fuera del concepto de daño resarcible las simples molestias, inconvenientes o incomodidades propios de la misma convivencia familiar entre padres e hijos⁸³. Efectivamente, no se puede admitir de forma indiscriminada la responsabilidad civil por los daños generados por una incorrecta educación en todo caso, sino sólo si las condiciones en las que se han llevado a cabo de educación del menor aparecen comprometidas de modo grave y lesionan de manera muy seria la formación moral y espiritual del hijo, incidiendo en su normal y necesaria inserción en la sociedad⁸⁴.

Consideramos que, mientras no se reconozca legalmente el ejercicio de esta práctica educativa los jueces no van a ser reacios a admitir las escasas demandas de responsabilidad que pudieran interponerse por los hijos en este contexto⁸⁵. Sin embargo, en el caso de que se lleve a cabo el reconocimiento legal de esta opción educativa, habrá que tener en cuenta que la propia naturaleza de la figura llevará de por sí altas dosis de discrecionalidad a favor de los padres que educan a sus hijos en casa, lo cual debería suponer un obstáculo en torno al reconocimiento en todo caso de la responsabilidad de los padres⁸⁶.

⁸³ Vid. C. López Sánchez, *cit.*, pp. 292-293.

⁸⁴ A.M. Rodríguez Guitián, "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", *cit.*, pp. 832-833.

⁸⁵ En los casos consistentes en una educación perjudicial para el menor la prevención puede ser interesante, en el sentido de que resultaría conveniente que el juez, estuviera legitimado para actuar de oficio, a solicitud de uno de los padres, del Ministerio Fiscal o incluso a instancia del propio menor (art. 158 CC), puesto que muchas veces con esa intervención judicial de carácter preventivo no haría falta adoptar otras medidas, como la privación de la patria potestad ni, por supuesto, habría que acudir a la vía de la responsabilidad civil, *Id.*, "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", *cit.*, p. 833.

⁸⁶ C. López Sánchez, *cit.*, pp. 292-293.

VII. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

La educación en casa no sólo se enfrenta a la falta de reconocimiento legal sino también a la no aceptación social, ya que cuanto menos suscita cierta desconfianza fundamentalmente motivada por el desconocimiento y la falta de información al respecto⁸⁷. Y es que, como ya ha quedado dicho en otro lugar, esta opción constituye una práctica no reconocida en España: es ilegal con respecto al contenido de la Ley Orgánica de Educación, y es alegal en relación con la Constitución. Es decir, su calificación dependerá del referente legal que tengamos en cuenta. Precisamente esa dicotomía jurídica convierte a este tipo de educación en una educación especial al participar de la doble y contradictoria cualidad de los sabores agridulces: agrio por lo de clandestina, pero dulce por lo de consentida. Y eso es lo que la educación en casa es en España, a saber, una educación al margen de la ley pero tolerada⁸⁸. Es por ello por lo que creemos conveniente hacer uso de los elementos hermenéuticos recogidos en el art. 3.1 CC y llevar a cabo una interpretación atendiendo a la realidad social de cada momento⁸⁹, ya que la interpretación que ha venido haciéndose del art. 27 CE es de marcado carácter restrictivo.

En todo caso, conviene poner sobre la mesa que en el propio seno de las familias que educan en casa no hay acuerdo a la hora de si legalizar o no el *homeschooling* en nuestro país y, en caso afirmativo, bajo qué requisitos. Ante la normalización de esta opción educativa, algunas familias (la mayoría) son partidarias de seguir en la situación de ilegalidad o alegalidad en la que actualmente se encuentran; otras prefieren que se reconozca legalmente esta opción educativa aunque con un control mínimo; y, por último, las hay que además de un reconocimiento legal defienden la conveniencia de una regulación con control por parte de la Administración⁹⁰.

Lo que está claro es que a mayor regulación menor libertad para llevar a cabo la educación en casa por cada familia⁹¹. De ahí que la mayoría de

⁸⁷ En el mismo sentido, C. Cabo González, *cit.*, pp. 1 y 2.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 348.

⁸⁹ En el mismo sentido, M. Goiria Montoya, *cit.*, p. 436.

⁹⁰ C. Cabo González, *cit.*, p. 348.

⁹¹ “El hecho de una excesiva regulación en cuanto a los requisitos exigidos puede desvirtuar la esencia misma del *homeschooling*. Por eso, muchas veces digo que el vacío legal español no es tan malo como a priori pudiera parece”. Son palabras de Laura Mascaró Rotger, en <http://www.elblogalternativo.com/2010/08/16/educar-en-casa-homeschooling-entrevistamos-a-la-experta-laura-mascaró-sobre-todos-los-aspectos-de-esta-opcion-educativa> (consulta de 18/3/2013).

los defensores del *homeschooling* prefiera que no haya regulación alguna y seguir con esta situación de tolerancia tácita.

En nuestra opinión, encontramos más razones para poner fin a esta situación de inseguridad jurídica que existe en relación con el *homeschooling* en nuestro país que para seguir dándole la espalda a esta realidad⁹². Y entre las tres posturas que acabamos de indicar (no hacer nada; regular pero con poco control; y regular con el control necesario), nos inclinamos por la tercera, pues fijar condiciones, requisitos y límites parece que ofrece más garantías al bienestar del menor, sin que en ningún caso ello deba suponer una intromisión en la vida de las familias⁹³.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 2010 denegaba el amparo legislativo que solicitaban unos padres malagueños para poder educar a sus hijos en casa pero, a su vez, no olvidemos que ha dejado una puerta abierta para que “*otras opciones legislativas incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo*”. Y ello porque, como hemos señalado de forma recurrente y reiterada a lo largo de este trabajo, la Constitución recoge la educación obligatoria, pero no la escolarización obligatoria⁹⁴.

Con todo, de lo anterior se colige que actualmente el *homeschooling* no tiene respaldo legal en nuestro país, pese a lo cual se está llevando a cabo en algunas familias que, lejos de causar un daño a sus hijos, lo hacen convencidos de sus aspectos positivos. Asimismo, y aunque no son muchos los casos de *homeschooling* que han terminado en los tribunales, encontramos opiniones contrapuestas entre las diferentes sentencias, pues mientras algunas se muestran flexibles con la conducta de los padres, otras, sin embargo, les obligan a escolarizar a sus hijos. Lo cual contribuye a dotar aún más de inseguridad jurídica a esta situación.

Llegado este punto, y dado que es la tónica general de la gran mayoría de países de nuestro entorno, el legislador español debería valorar de forma sosegada la conveniencia de legalizar esta forma de educación en aras de evitar lo que está ocurriendo en la actualidad. Es decir, debería plantearse la posibilidad de legalizar la educación en casa dotándola de una serie de requisitos que garantizasen en todo caso que el menor adquiere los conocimientos y la formación necesaria.

Dentro de este contexto, una cuestión sobre la que habría que meditar

⁹² En el mismo sentido, Carlos Cabo González señala que su postura personal es clara y considera ineludible el reconocimiento y legalización de esta opción, *cit.*, p. 356; asimismo, A.M. Redondo, *cit.*, pp. 165-166; M.R. Belando Montoro, *cit.*

⁹³ Igualmente, A.M. Rodríguez Guitián, “Daños causados a los hijos...”, *cit.*, p. 431.

⁹⁴ Las vías establecidas por el Estado no son exclusivas ni excluyentes, en relación con que en el art. 27 CE no se reconoce una única forma educación, *Ibidem*, “Daños causados a los hijos...”, *cit.*, pp. 422 y 429.

es la conveniencia de unos requisitos de carácter subjetivo y de carácter objetivo a la hora de permitir que los padres educasen en sus casas a los menores. Teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos los padres son los que contribuyen a esa educación, éstos deberían partir de unos conocimientos académicos reconocidos o, si optan por contratar a un profesor particular, que dispongan de los medios económicos suficientes o, en su caso y si la coyuntura económica lo permite y aconseja, que se establezca un sistema de ayudas, para evitar así que este tipo de educación fuera accesible sólo a una minoría. Junto a ello, también sería conveniente plantear el medio en el cuál se vaya a llevar a cabo la educación en casa, pues no cabe duda que al menor le conviene tener cierto espacio para poder desarrollarse cómo corresponde.

No vemos motivos suficientes para que, una vez cumplidos los requisitos legales, no puedan los padres optar por educar a sus hijos garantizando en todo caso, y esto nos parece fundamental, una educación básica. En todo caso, el principal inconveniente, como también hemos señalado anteriormente, es el de la inserción social de menor, de modo que, en aras de conseguir que el menor que se educa en casa se desarrolla socialmente de la misma forma que otro menor de su edad, los padres habrán de proyectar un plan de actividades que contribuyan a esa integración.

En este sentido, se ha propuesto al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que legalice el *homeschooling* no sólo para que haya una mayor implicación de las familias, sino también como mecanismo para ahorrar costes al Gobierno. Se trata de una de las casi mil aportaciones al Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), que modificará parcialmente la Ley Orgánica de Educación (LOE) de 2006, aportaciones realizadas por la opinión pública durante el mes de julio de 2012 y que se refieren en gran parte a una mayor colaboración y responsabilidad de los padres en la educación de sus hijos⁹⁵. Efectivamente, a pesar de los inconvenientes, la demanda social existe y corresponden a un Estado social de derecho estar atento y dar respuesta a las legítimas reclamaciones de sus ciudadanos⁹⁶, ya que el Derecho, ciertamente, ha de procurar avanzar al son que marque la realidad social imperante.

⁹⁵ El 21 septiembre 2012 el Gobierno aprobó el mencionado Anteproyecto, *vid.*, <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/21/espana/1348232495.html>

El Consejo de Ministros aprobó el 17/05/2013 la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), que fue presentado al Congreso el 18/05/2013 y calificado el 21/05/2013 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, n° 48-1, de 24/05/2013); actualmente se encuentra en fase de ampliación del plazo de enmiendas, disponible en <http://www.congreso.es> (consulta de 28/06/2013).

⁹⁶ M.J. Valero Estarellas, *cit.*, p. 37.

Y es que, a partir del momento en que la Constitución no recoge un sistema educativo concreto—sino que dibuja una franja de constitucionalidad dentro de la cual tiene cabida una pluralidad de fórmulas legislativas—, no cabe descartar la educación en casa como vía alternativa a la tradicional oferta educativa. De no ser admitido, nos encontraríamos con que mientras en el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (LOE) se recoge un “*compromiso decidido con los objetivos educativos planteados por la Unión Europea para los próximos años*” —en el sentido de que el proceso de construcción europea está conduciendo a una cierta convergencia de los sistemas de educación y formación, que se ha traducido en el establecimiento de unos objetivos educativos comunes para el comienzo del siglo XXI⁹⁷—, en España sigue sin reconocerse legalmente esta modalidad de educación. Sin duda, es un contrasentido que dentro de la Unión Europea casi todos los países reconozcan como válida la educación en casa además de la escolarización obligatoria y España no avance un paso más para situarse al mismo nivel.

En definitiva, esta realidad emergente de dimensiones impredecibles, el llamado *homeschooling*, se ha implantado en España para quedarse y está dotando de un nuevo significado a la vieja máxima “no hay nada como estar en casa”⁹⁸. Probablemente deberíamos detenernos en otros aspectos y reflexionar acerca de si no sería más grave el supuesto, más frecuente de lo que sería deseable, en el que los padres escolarizan a sus hijos con el objeto de que en el centro docente lleven a cabo su educación y su formación, desentendiéndose de continuar con la labor educativa que les corresponde como titulares de la patria potestad, en el seno de la familia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

R. Barber Cárcamo, “La Constitución y el Derecho Civil”, *REDUR* n° 2, 2004, pp. 39 a 52.

E. Basalo Moreno, “*Home schooling*, ¿la enseñanza del futuro?”, *Derecho y opinión*, n° 7, 1999, pp. 63 a 66.

M.R. Belando Montoro, “El movimiento desescolarizador y la alternativa de la educación en el hogar. La práctica de esta modalidad educativa

⁹⁷ Igualmente, *vid.* Propuesta de reconocimiento legal de la enseñanza en familia (*homeschooling*) por parte de A.L.E. (Asociación para la Libre Educación), http://aleenred.blogspot.com.es/2009_03_01_archive.html (consulta de 25/03/2013).

⁹⁸ “There’s no place like home”, así, I. Lyman, *cit.*

en España”, disponible en <http://www.unioviado.es/site09/Addendas/Belandolpdf> (consulta de 25/02/2012).

R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Comentario al art. 154 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1044 a 1057.

C. Cabo González, *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Tesis doctoral leída en 2012, disponible en <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/indice.htm> (consulta de 20/02/2013).

J.M. Castán Vázquez, “La reforma de la patria potestad”, en *Las reformas del Código civil por leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983, pp. 37 a 61; “Comentario al art. 154 del Código civil”, en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz P. Salvador (dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 544 a 548; “Comentario al art. 158 del Código civil”, en C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz P. Salvador (dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Tomo I, Madrid, 1991, pp. 554 a 555.

Y. Dubois, *Droit del mineurs à l’usage des professionnels de l’enfance*, Editions du Puits Fleuri, Héricy, 2008.

J. Egea Fernández, “La doctrina constitucional sobre la oposición judicial a la declaración de desamparo hecha por la entidad pública”, *Derecho privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 253 a 288.

A. Fernández-Miranda y Campoamor, *De la libertad de enseñanza al Derecho a la educación*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

M. Goiria Montoya, *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Tesis doctoral defendida en Bizcaia-Leioa, 2012, disponible en <http://madalen.files.wordpress.com/2012/11/1a-opcic3b3n-de-educar-en-casa-la-tesis.pdf> (consulta de 20/02/2013).

A. Guaita, “Voz Instrucción pública”, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIII, Barcelona, 1968, editorial Francisco Seix, pp. 126 a 142.

J.L. Lacruz Berdejo, F.A. Sancho Rebullida, A. Luna Serrano, J. Delgado

Echevarría, F. Rivero Hernández, J. Rams Albesa, *Elementos de Derecho civil*, IV, Familia, Dykinson, Madrid, 2010.

I. Lyman, "Homeschooling: back to the future?", *Cato Policy Analysis*, n° 294, January, 7, 1998, disponible en <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-294.html> (consulta de 25/02/2013).

J.M. Martí Sánchez, "El "homeschooling" en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, n° 25, 2011, disponible en Revsitas@iustel.com

C. Mascarello, "L'assistenza ai figli", en *Il diritto delle relazioni affettive*, a cura de Paolo Cendon, vol. II, Cedam, Milani, 2005, pp. 1087 a 1098.

J.C. Menéndez Mato, "Comentario al art. 154", en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 271 a 274.

I. Miralles González, "La familia: entre autonomía y soberanía (El derecho a la educación en la STC 260/94, de 3 de octubre)", *RJC*, 1996, pp. 71 a 83.

R. Morton, "Home education: Constructions of choice", *International Electronic Journal of Elementary Education*, Vol. 3, Issue 1, October, 2010, pp. 45-56, disponible en http://www.iejee.com/3_1_october2010.html, (consulta de 15/03/2013).

A.M. Redondo, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

F. Reimer, "School attendance as a civic duty v. home education as a human right", *International Electronic Journal of Elementary Education*, Vol. 3, Issue 1, October, 2010, pp. 5-15, disponible en http://www.iejee.com/3_1_october2010.html (consulta de 15/03/2013).

A.M. Rodríguez Guitián, "Tipología de los daños en el ámbito de las relaciones paterno-filiales", en M. Yzquierdo Tolsada, M. Cueno Casas (dir.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, Aranzadi, 2011, pp. 765 a 885; "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en J.R. de Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Revista Aranzadi de Derecho patrimonial, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 363 a 434.

M.A. Santos Guerra, "Escuelas fuera de la escuela", disponible en

<http://es.scribd.com/doc/2922338/laescuelafueradelaescuela> (consulta de 15/03/2013).

T. Spiegler, "Home Education in Germany: An Overview of the Contemporary Situation", *Evaluation & Research in Education*, vol. 17, 2&3, 2003, pp. 179-190, disponible en http://www.thh-friedensau.de/dozentenseiten/spiegler/030_Publikationen/erie.pdf (consulta de 15/03/2013).

M.J. Valero Estarellas, "Homeschooling en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la Constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos", *RGDCEE* 28 (2012), disponible en <http://www.iustel.com>

M. Yzquierdo Tolsada, "La patria potestad", en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cueno Casas (dir.), *Tratado de Derecho de la familia*, vol. VI, Aranzadi, 2011, pp. 47 a 177.

TITLE

PARENTAL AUTHORITY AND RIGHT TO EDUCATION WITH REGARD TO HOMESCHOOLING

SUMMARY

I. SOME PRELIMINARY ISSUES.- II. WHAT IS HOME EDUCATION OR HOMESCHOOLING. A LOOK TOWARDS OTHER COUNTRIES.- III. PARENTAL AUTHORITY IN THE CIVIL CODE: THE DUTY OF PARENTS TO PROVIDE EDUCATION.- **IV. THE RIGHT TO EDUCATION:** 1. Clarification of concepts. 2. Legislative background. 3. Article 27 of the Spanish Constitution. 4. Organic Law of Education. 5. The competences assumed by the Autonomous Communities in the field of education.- V. THE ABSENCE OF A SITUATION OF NEGLECT.- VI. THE LIABILITY OF PARENTS *EX ART.* 1902 CC BY THE DEFECTIVE EXERCISE OF THE DUTY TO PROVIDE EDUCATION.- VII. PROPOSAL OF *LEGE FERENDA*.- VIII. BIBLIOGRAPHY.

KEY WORDS

Homeschooling; Home education; Parental authority; Basic education; Compulsory school attendance.

ABSTRACT

This essay gives an overview of the situation of homeschooling in Spain. The starting point is whether this practice is legal in our law. The response changes depending on the norm that we take, either the Constitution or the Organic Law of Education. On the one hand, when the Spanish Constitution refers to the right to education establishes that only basic education is compulsory. Neither in the Civil Code, in line with the regulation of parental authority, any specification is collected around the duty of parents to provide education. Finally, the legislator has linked compulsory basic education with compulsory school attendance in the Organic Law of Education.

Fecha de recepción: 15/06/2013

Fecha de aceptación: 25/06/2013