

EL HOMESCHOOLING A DEBATE: ¿UNA HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD PATERNA?*

THE HOMESCHOOLING DEBATE: ¿AN HYPOTHESIS OF PARENTAL RESPONSABILITY?

Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 118-141

* Este trabajo se inscribe en el marco de un Proyecto de Investigación (Ref. DER2011-25092) acerca de la "Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho Europeo y Comparado", concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación al grupo de trabajo de la profesora María Esther Gómez Calle, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.



Alma María
RODRÍGUEZ
GUITIÁN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de enero de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 15 de octubre de 2014

RESUMEN: Este artículo analiza si el método de la enseñanza en casa constituye una alternativa válida desde el punto de vista jurídico a la escolarización obligatoria. Una adecuada ponderación del derecho de los progenitores a educar y del papel del Estado en la educación, hecha a la luz del interés superior del menor, no debe ser esquemática y rígida. La diversidad de motivos y el posible impacto que puede generar en el niño la educación en casa en cada caso concreto han de ser necesariamente tenidos en cuenta por los tribunales.

PALABRAS CLAVE: Educación en familia, escolarización obligatoria, el derecho de los padres a educar, competencia estatal en educación, interés superior del niño.

ABSTRACT: This paper examines whether homeschooling is a legal alternative to compulsory schooling. The optimal balance between the parents' right to educate their children and the state's role in education has to be found always in the best interest of the child and cannot be done in a schematic or rigid way. The heterogeneity of motivations and the impact home education might have on the child must be necessarily taken into account by the courts.

KEY WORDS: Home education, compulsory schooling, the parents' right to educate their children, the state's role in education, the best interest of the child..

SUMARIO.- I. Planteamiento de la cuestión.- II. Delimitación de competencias entre el Estado y los padres en materia de educación.- 1. Competencias paternas en materia de educación.- A) La educación como un derecho.- B) La educación como un deber.- 2. Competencias estatales en materia de educación.- A) Implementación de políticas de bienestar dirigidas a la plena efectividad de los derechos del menor.- B) Corrección de la actividad paterna.- III. Protección del interés superior del menor.- 1. Causación de dos posibles daños a raíz del ejercicio de la educación en casa.- A) Formación académica deficiente.- B) Falta de socialización.- 2. Consecuencias jurídicas penales y civiles de la educación en casa.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

La denominada “enseñanza en casa”, o en la terminología anglosajona *Homeschooling*, es una opción educativa de algunos progenitores que participan de forma activa en la educación académica de sus hijos y que deciden dar a éstos una formación por un cauce distinto a la escolarización en un centro oficial, ya sea público o privado.

Entre las ventajas que proporciona este método educativo se apuntan, entre otras, su flexibilidad, en cuanto ofrece al niño la atención personalizada necesaria para el desarrollo de sus potencialidades y capacidades; su fomento de la participación grupal y comunitaria en asociaciones culturales, deportivas y solidarias y su menor coste económico frente a la educación estatal en cuanto nace de la iniciativa social¹.

En cuanto a los sujetos que escogen este método educativo, si bien en un origen tiene vinculaciones religiosas, hoy no necesariamente es así². El perfil de las familias

- 1 Sin embargo, frente a ello se ha alegado por parte de la doctrina norteamericana la carestía económica que supone la realización de los necesarios controles a los que debe someterse la educación en casa, con el objeto de eliminar los posibles abusos que podrían darse, sobre todo en zonas rurales, poniendo los padres a trabajar a los hijos en vez de formarlos. Véase RICHMOND, H.C.T.: “Home instruction: an alternative to institutional education”, *Journal of Family Law* (1979-1980), núm. 18º, pp. 370-373.
- 2 En EEUU el origen del *homeschooling* está vinculado al fenómeno religioso, donde en los años ochenta es considerado como una buena opción educativa debido al gran número de grupos religiosos existentes allí. A nivel jurídico el origen de este sistema educativo se sitúa en el caso *Wisconsin v. Yoder* [406 U.S. 205 (1972)], en el que el Tribunal Supremo protege el derecho de unos padres pertenecientes a la religión *Amish* de educar a su hijo en casa, sin llevarlo a una escuela. Habían sido condenados por vulneración de una ley que les exigía escolarizar a sus hijos hasta la edad de 16 años. Los padres se niegan a la escolarización alegando que en los

• Alma María Rodríguez Guitián

Es Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid desde el año 2002. Ha centrado sus líneas de investigación, en especial, en el Derecho de Daños, Derecho de la Persona y Derecho de Familia y Sucesiones. Sus monografías publicadas son *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, 1996; *La muerte del oferente como causa de extinción de la oferta contractual*, Civitas, 2003; *La capacidad de testar: Especial referencia al testador anciano*, Civitas, 2006; *Responsabilidad civil en el ámbito de la familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Civitas, 2009 y *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, 2013. Ha realizado estancias en universidades europeas y americanas, o bien con finalidad de investigación, o bien para la impartición de docencia. Correo electrónico: alma.guitian@uam.es

que educan en el hogar es de carácter plural, de modo que, desde un punto de vista sociológico, junto al padre que elige este sistema por motivos religiosos, aparecen el padre "alternativo" (por ejemplo, *ecologically-minded*) y el padre que persigue una educación más estricta y eficiente para sus hijos³.

Desde luego nadie puede poner en tela de juicio el logro histórico que ha supuesto la educación básica gratuita para todos los ciudadanos. Pero sí que cabe cuestionarse si la escolarización es el único cauce para recibir tal educación o bien, junto a ella, es posible y conveniente admitir otro tipo de métodos de enseñanza. A mi juicio la tarea de una revisión jurídica del fenómeno del *homeschooling* requiere tener en cuenta, por una parte, la delimitación de competencias entre los padres y el Estado en materia de educación y, por otra, la tutela del interés superior del menor⁴.

En cualquier caso, una adecuada ponderación del derecho de los padres a educar y del papel del Estado en la educación, hecha a la luz del interés superior del menor, no debe ser esquemática y rígida, sino atender al caso concreto⁵. Ello se traduce en que los conflictos relativos a la educación en casa no han de resolverse de forma invariable y uniforme en contra de este modelo educativo, sino que los tribunales deberían entrar a examinar la heterogeneidad de motivaciones que hay en los padres para elegir tal sistema educativo y el impacto que está teniendo en los menores que reciben, en la circunstancia concreta, la enseñanza en familia.

II. DELIMITACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LOS PADRES EN MATERIA DE EDUCACIÓN.

El art. 27 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE) constituye, sin duda, como a continuación se analiza, un intento de delimitación entre los derechos de los padres en la dirección de la educación de los hijos y el ámbito en que los poderes públicos pueden ejercitar de modo legítimo sus competencias en la materia⁶. Este precepto es un ejemplo claro del consenso que tiene lugar durante

colegios oficiales no se instrúa a los menores en los principios filosóficos y morales de su secta. El tribunal al final afirma que el interés del Estado en educar ciudadanos no es totalmente libre de una ponderación cuando están en juego derechos fundamentales e intereses, como los protegidos en la Primera Enmienda y el interés de los progenitores en la educación religiosa de sus hijos. Un apunte a esta sentencia en TRIBE, L. H.: *American Constitutional Law*. New York (1988): The Foundation Press., p. 1183. Sobre esta materia con carácter general véase el excelente trabajo de BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: *La libertad religiosa en los Estados Unidos. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Madrid (2012): Atelier.

- 3 REIMER, F.: "School attendance as a civic duty v. home education as a human right", *International Electronic Journal of Elementary Education* (2010), núm. 3º, p. 6 (<http://www.iejee.com>).
- 4 Comparte este mismo enfoque LLANO TORRES, A.: "La regulación del *homeschooling* ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 161.
- 5 REIMER, F.: "School attendance", cit., p. 13.
- 6 "1. Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

el proceso constituyente español en los años setenta, y es reflejo, por un lado, de concepciones laicas y, por otro, de concepciones confesionales de la educación⁷.

I. Competencias paternas en materia de educación.

En el texto constitucional español existe un doble enfoque de la educación paterna, concebida, por una parte, como un derecho de los progenitores y, por otra, como un deber:

A) La educación como un derecho.

Se ha señalado por la doctrina que es con el método de la enseñanza en casa donde se pone más a prueba la libertad de enseñanza, en la medida en que la familia, al encargarse de la organización y dirección de la educación de los hijos desde el interior del hogar, asume y exige el mayor protagonismo en la educación⁸.

Sin duda en el párrafo primero del art. 27 CE hay un reconocimiento genérico del derecho de todos a la educación y de la libertad de enseñanza. En la STC 133/2010 de 10 de diciembre, primera que niega en España a unos padres la posibilidad de educar a sus hijos en su propio domicilio amparándose en la decisión del legislador español que ha optado por configurar la enseñanza básica obligatoria como un periodo de escolarización de duración determinada, se hacen ciertas consideraciones acerca del alcance que posee tanto la libertad de enseñanza de los padres como el derecho de todos a la educación⁹.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales”.

7 En este sentido MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la *Enseñanza en casa*”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 254. También consúltese RODRÍGUEZ-PATRÓN, P.: “Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública”, en AA.VV. *El Menor ante el Derecho en el siglo XXI* (coord. por J. DÍAZ MAROTO y VILLARREJO Y A. M. RODRÍGUEZ GUITIÁN). Madrid (2011): Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, p. 170.

8 MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: “Análisis de la STC 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 230-231.

9 STC 133/2010 de 10 diciembre (RTC 2010, 133). La sentencia tiene su origen en el recurso de amparo que se interpone contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que confirma en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, mediante la que se ordena la escolarización en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. Ambos órganos de instancia argumentan, por un lado, que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, y ello deriva del mandato constitucional de enseñanza obligatoria del art. 27 párrafo 4º CE. Por otra parte, la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art. 27.1 CE), no sólo por los beneficios que lleva consigo para los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros para la obtención del aprendizaje en el marco de los grados y titulaciones. Los recurrentes en amparo invocan, entre otros, la violación del derecho a la educación (art. 27 CE) en cuanto las resoluciones impugnadas deniegan el derecho de los menores a seguir su proceso educativo en su domicilio sin integrarse en el sistema escolar. Es interesante subrayar que en el caso

Por una parte, el Tribunal Constitucional afirma que la facultad de los progenitores de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida en la libertad de enseñanza de los padres del art. 27.1 CE. Tal libertad queda circunscrita, según el tribunal, a la facultad de enseñar a los hijos, sin perjuicio del cumplimiento del deber de escolaridad, por ejemplo, tras la jornada escolar o los fines de semana, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo se concilie mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden. La libre creación de centros docentes se consagra de forma expresa en el párrafo 6º de este mismo art. 27 CE.

En segundo lugar, mantiene el Tribunal que la elección de un sistema educativo alternativo a la escolarización no se recoge tampoco en el derecho a la educación del párrafo primero del art. 27 CE. De acuerdo con este pronunciamiento este derecho de todos a la educación queda restringido al reconocimiento de una libertad de los progenitores para elegir centro docente y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que sea conforme con sus propias convicciones (este último derecho se consagra de forma explícita en el párrafo 3º del art. 27 CE).

Por consiguiente, es claro que de un modo literal el art. 27 CE no recoge el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de los hijos en un sentido amplio y que, desde luego, el Tribunal Constitucional no parece admitir que la elección del método de educación acorde con las convicciones pedagógicas de los padres esté comprendido implícitamente en el párrafo tercero del citado precepto cuando regula el derecho de los padres a la elección del método de educación acorde con sus convicciones morales o religiosas.

Ahora bien, el problema no es tan sencillo, ya que existen divergencias y matices de relevancia entre el texto constitucional español y otras declaraciones de derechos. Así, el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos", y el art. 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra "el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas". Tal y como se ha mantenido con acierto, estas divergencias generan en nuestro ordenamiento determinado efecto "acumulativo", ya que el art. 10.2 CE afirma que la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España serán un parámetro de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas

concreto las razones esgrimidas por los padres demandantes no afectan al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a otra clase de motivos, como el fracaso escolar de la enseñanza oficial.

reconocidos en el texto constitucional¹⁰. Por consiguiente, por esta vía la elección del método educativo por motivos pedagógicos tendría encaje dentro del derecho a la educación y libertad de enseñanza de los padres reconocidos en el art. 27 CE¹¹.

B) La educación como un deber:

Así como el art. 27 CE consagra la educación como un derecho de los progenitores, la concepción de la educación paterna como un deber se recoge en el párrafo tercero del art. 39 CE, precepto que señala de modo genérico que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Se ha mantenido que el concepto de “asistencia” incluido en este precepto implica tanto la satisfacción de las necesidades materiales como espirituales; incluyendo la promoción y formación para su integración en la sociedad¹².

Por consiguiente, aunque el precepto constitucional no se refiere de modo expreso al deber de los padres de educar a sus hijos, a diferencia de otros textos constitucionales como el art. 6.2 de la Ley Fundamental de Bonn o el art. 30 de la Constitución italiana, ha de entenderse que tal deber se encuentra recogido de modo implícito en el término “asistencia”.

Cabe afirmar, como una conclusión derivada del contenido del párrafo 3º del art. 39 CE, que la responsabilidad primera y directa de la educación de la persona en sus primeros años de vida recae sobre los progenitores, en la medida en que este precepto hace gravitar sobre los padres este deber de asistencia de todo orden respecto a los hijos¹³. Pero también es posible fundamentar esta afirmación en el art. 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, en cuanto señala que incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Tal Convención ha sido ratificada por España y, por tanto, forma parte ya del ordenamiento; pero además el art. 39.4 CE 1978 encierra un mandato vinculante de actuación a los poderes del Estado, de modo que, de acuerdo con este artículo, el Estado ha de garantizar que los niños

10 CABALLERO SÁNCHEZ, R.: “Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 93.

11 La LO 8/2013 de 9 diciembre para la Mejora de la Calidad Educativa añade un nuevo párrafo q al art. 1 de la LO 2/2006 de 3 de mayo de Educación, que recoge, como uno de los principios del sistema educativo español, la libertad de enseñanza que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales. Véase tales leyes en <http://www.noticiasjuridicas.com>.

12 GÁLVEZ MONTES, F. J.: “Comentario al artículo 39 CE”, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA). Madrid (2001): Civitas, p. 853.

13 La doctrina parece de acuerdo en sostener este protagonismo de los progenitores en la educación de los hijos. Así, CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*. Santiago de Chile (1994); Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 197 y ROCA TRIAS, E.: *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*. Madrid (1999): Civitas, p. 223.

gocen de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos¹⁴.

La concreción principal del párrafo tercero del art. 39 CE es el art. 154 CC. Este precepto señala que la patria potestad comprende, dentro de la esfera personal, el deber de velar por los hijos, de tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; y dentro de la esfera patrimonial, el deber de representarlos y administrar sus bienes. Aunque desde la promulgación del Código Civil en el siglo XIX se ha mantenido invariable la concepción de la educación como un deber, es cierto que a raíz de la redacción que da al art. 154 del Código Civil la Ley de 13 de mayo de 1981 para adaptarlo al texto constitucional, todavía es más clara la concepción de la patria potestad como una función social y no como un conjunto de derechos o facultades. Se trata de un poder fundamentalmente tuitivo de los menores dirigido al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los padres.

Llama la atención que el art. 154 CC, al igual que suelen hacer otros códigos, ni en su redacción inicial ni en la actualidad desarrolla con precisión el alcance y la exigibilidad del deber de educación, sino que se limita a mencionarlo como un deber más. La causa de tan escasa reglamentación se atribuye desde un primer momento a las características de las funciones educativas e instructivas y a la variada circunstancialidad que cada hipótesis puede presentar¹⁵.

A mi juicio hay una consecuencia que cabría derivar de tal regulación que puede tener incidencia sobre la elección por los padres del tipo de método educativo. Tal falta de precisión en la regulación civil del deber de educar permite el reconocimiento de una discrecionalidad amplia en el modo en que el progenitor desarrolla su obligación, de modo que puede llevar a cabo su deber en la forma que crea más conveniente¹⁶. Por supuesto siempre con la sujeción al límite legal previsto en el art. 154 CC de que tal obligación se ejerza en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica.

Sin duda la admisión de este margen amplio en la actuación paterna queda justificada en virtud de la confianza que caracteriza de un modo natural la relación paterno-filial¹⁷. Esto es, cabe presumir, a mi juicio, que los progenitores son las

14 Véase al respecto CACHÓN VILLAR, P.: "Comentario al artículo 39 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (coord. por M. E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, p. 1020.

15 En este sentido SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid (1912): Sucesores de Rivadeneira, p. 1139.

16 Realiza esta afirmación, en relación al vigente Código Civil italiano, BARASSI, L.: *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*. Milano (1947): Giuffrè, p. 191.

17 SCOTT, S. E. y SCOTT E. R.: "Parents as Fiduciaries", *Virginia Law Review* (1995), núm. 81º, pp. 2418-2452. Estos autores proponen una configuración de los progenitores como fiduciarios, modelo que a su juicio constituye un régimen óptimo para regular la relación paterno-filial y reduce los conflictos de intereses dentro dicha relación. La función de la normativa legal a la hora de regular la relación paterno-filial dependerá en buena medida de si

personas que más fácilmente quieren a sus hijos y que este querer bien a sus hijos les lleva a actuar de modo responsable y conveniente respecto a ellos. Indudablemente la afirmación de la autonomía de los padres en el desarrollo de sus funciones educativas implica facilitarles un mayor grado de implicación en tales funciones¹⁸.

2. Competencias estatales en materia de educación.

Se ha sostenido con acierto que la familia no basta para satisfacer todas las necesidades y aspiraciones educativas del individuo. Este se integra en una comunidad de personas que cuenta con los medios para asegurar la más plena realización de todos los miembros de la misma. Por consiguiente, aunque no de forma primaria como a los progenitores, es atribuible también una responsabilidad en la educación a toda la sociedad política y, en particular, al Estado, en cuanto expresión jurídicamente organizada de tal sociedad¹⁹.

Sin ninguna duda el art. 27 CE participa de esta filosofía apuntada en el párrafo anterior; y también el ya citado art. 39 del texto constitucional, donde la interacción de los sectores privado y público en la tutela del menor es clara, es decir, de la Administración y de la familia²⁰. Desde luego es evidente que la CE no contiene una concepción de la educación como un servicio público en el sentido de que ésta sea una esfera reservada de modo exclusivo al Estado²¹.

Ahora bien, el problema concreto es determinar cuáles son las funciones del Estado en materia de educación. Puede hablarse en este sentido de una función normativa y supervisora, esto es, dirigida a la implementación de políticas de bienestar con el fin de lograr la plena efectividad de los derechos del menor y, por otra, de una función subsidiaria y correctora de la actividad paterna²². A continuación analizo cada una de estas funciones.

A) Implementación de políticas de bienestar dirigidas a la plena efectividad de los derechos del menor.

En relación con esta primera función estatal normativa y supervisora de la educación, cabe deducir del art. 27 CE que el Estado debe garantizar la obligatoriedad

se está o no ante familias sanas o en quiebra. Cuando las familias son desestructuradas sí que se requieren reglas jurídicas más elaboradas para solucionar los posibles conflictos, pero en familias sin problemas no se precisa una exhaustiva regulación legal para el ejercicio de los deberes paterno-filiales.

18 En este sentido RUIÁSÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*. Madrid (2006): Atelier, p. 27.

19 En este sentido CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho*, cit., pp. 197-198.

20 ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social*, cit., p. 222.

21 CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje", cit., pp. 94-95. En relación ya con el *homeschooling*, este autor apunta que buena parte de los países que permiten este método educativo son anglosajones, y mucho tiene que ver que estos sistemas parten del rechazo a la intervención del poder público en la economía y en la sociedad.

22 CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho*, cit., pp. 211-212 y ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social*, cit., p. 223.

y gratuidad de la enseñanza básica, la realización de una programación general de la enseñanza con participación efectiva de todos los sectores afectados, la creación de centros docentes, la inspección y homologación del sistema educativo y la ayuda con el fin de que los centros docentes cumplan los requisitos legales.

Particularmente interesante me parece, por las implicaciones que posee para el tema objeto aquí de estudio, el párrafo cuarto del citado precepto constitucional: “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”. Esto es lo que únicamente dice la CE, lo que significa que el texto constitucional guarda silencio acerca de cuál sea tal enseñanza básica y acerca del concreto modelo educativo por el que ha de optarse en nuestro país. Es a la vez una realidad constatable que las leyes educativas españolas han adoptado y mantenido hasta ahora una obligación positiva de escolarización de todos los menores durante un periodo de tiempo concreto (entre los 6 y los 16 años)²³.

Y esta realidad merece ante todo un juicio positivo: no hay ninguna duda de que la escolarización básica obligatoria busca un objetivo legítimo y deseable en las sociedades modernas. Así, persigue superar carencias de carácter económico y estructural que la educación había sufrido en tiempos anteriores y que imposibilitaban la igualdad de oportunidades. Con la medida de la escolarización obligatoria se trata de conseguir la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del derecho a la educación y fijar el sistema de homologación y obtención de títulos académicos y profesionales de validez general²⁴.

Lo que parece en mi opinión ya más discutible es que, en la medida en que la CE no se pronuncia sobre el tipo de modelo educativo, la fórmula de la escolarización obligatoria sea una vía exclusiva y excluyente de otras fórmulas educativas, siempre y cuando se supervise que tales fórmulas educativas no entrañan un daño para el menor o un grave riesgo de generarlo²⁵.

Sin embargo no parece haberlo entendido así el Tribunal Constitucional español en la sentencia a la que antes me he referido, STC 133/2010 de 10 de diciembre. Según esta sentencia la CE no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria como un periodo de escolarización de duración

23 Una excepción relevante en este sentido es la Ley 12/2009 de 10 de julio de Educación, cuyo objeto es la regulación del sistema educativo en Cataluña. La opción educativa de la enseñanza en casa, bastante extendida en esta comunidad autónoma, es avalada de forma excepcional en el párrafo segundo del art. 55, que señala que pueden impartirse en la modalidad de educación no presencial, excepcionalmente, enseñanzas obligatorias. Su párrafo séptimo encierra el deber de creación de un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de educación no presencial en enseñanzas de educación básica.

24 En este sentido se pronuncia REDONDO, A. M.: *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia (2003): Tirant lo Blanch, pp. 124-125.

25 GOIRIA, M.: “La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el homeschooling)”, *Estudios sobre Educación* (2012), núm. 22^o, p. 47, señala que precisamente una de las razones por las que sería importante la flexibilización del sistema educativo es la de aliviar el elevado índice de abandono escolar.

determinada durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio. Ahora bien, es cierto que a la vez deja la puerta abierta a que pueda el legislador decantarse por otra vía en el futuro, señalando que la decisión de escolarización adoptada por el legislador es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que el legislador puede optar:

El Tribunal Constitucional también incide en que la elección actual del legislador español por la escolarización no lleva consigo una restricción desproporcionada del derecho de educación de los padres. Su argumentación es la siguiente: La decisión de la escolarización obligatoria no impide que los progenitores puedan influir en la educación de sus hijos, dentro y fuera de la escuela. Dentro de la escuela porque los poderes públicos deben garantizar las convicciones religiosas y morales que quieran los padres para sus hijos (de acuerdo con el párrafo 3º del art. 27 CE) y, fuera de la escuela, porque los progenitores pueden educar a sus hijos de acuerdo a sus convicciones particulares después de la jornada escolar y durante el fin de semana²⁶. Además, nada impide que los padres puedan ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (de acuerdo con el párrafo 6º del art. 27 CE)²⁷.

En relación con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, parte de la doctrina ha sostenido que al acoger el tribunal una interpretación restrictiva de los derechos de los padres en materia de educación y reforzar la fórmula de la escolaridad, se potencia el papel del Estado en esta materia y la consecuencia es el olvido del principio de subsidiariedad que debe regir en la actuación de los poderes públicos²⁸.

B) Corrección de la actividad paterna.

Respecto a la función correctora de la actividad paterna, en mi opinión el Estado en principio debe abstenerse de interferir en la labor educativa de los padres, reconociendo el derecho preferente y prioritario a educar por parte de éstos, que se deduce tanto de la regulación de la CE (arts. 27 y 39) como de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, tal y como se ha apuntado en páginas anteriores.

26 REIMER, F.: "School attendance", cit., p. 13, ha señalado que este argumento es algo cínico, ya que se justifica la vulneración de la libertad de enseñanza de los padres apuntando un pequeño espacio que aún queda de libertad. Este autor hace esta reflexión a propósito de los argumentos sostenidos en Alemania tanto por el Tribunal Constitucional Federal como por otros tribunales en los casos de enseñanza doméstica.

27 REIMER, F.: "School attendance", cit., p. 13, también respecto a este argumento mantenido igualmente por los tribunales alemanes, apunta que el derecho de creación de centros docentes no puede justificar la prohibición de la educación en casa, porque de otro modo el uso de derechos constitucionales dependería de la elección del Estado bastante más que la del individuo.

28 En este sentido MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: "El *homeschooling* en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (2011), núm. 25º, p. 15 (<http://www.iustel.com>) y MORENO ANTÓN, M.: "La educación en casa y el artículo 27 de la Constitución en la doctrina del TC", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 226.

Pero el Estado sí ha de intervenir en caso de que los progenitores hayan abandonado de modo negligente la educación del hijo, hayan abusado gravemente de su derecho a educarlo o no posean los medios suficientes para ejercitar el deber de educación. A mi juicio la respuesta del Estado ha de ser distinta en cada una de estas hipótesis. En los dos primeros casos de abuso o abandono grave del deber paterno de educación el Estado llevará a cabo una función correctora, adoptando las medidas previstas en el ordenamiento jurídico (penales, civiles o administrativas).

En el segundo caso de carencia de medios suficientes para el ejercicio de la educación la labor del Estado ha de consistir en el apoyo a los progenitores y en la provisión a éstos de los cauces necesarios para que puedan educar a sus hijos²⁹. Podría decirse, desde luego, que en esta última hipótesis no hay tanto una función correctora propiamente dicha como una función de carácter asistencial.

En relación con el problema que nos ocupa, sí que es importante diferenciar el *homeschooling* de los supuestos de abandono grave del deber paterno de educación. La enseñanza en casa es una opción educativa de algunos progenitores que eligen formar a sus hijos en su propio domicilio sin escolarizarlos en un centro oficial. Algunas familias que educan en casa optan por matricular a sus hijos en un colegio no presencial que ofrece, además de materiales y recursos didácticos, otros servicios como tutorización y asesoramiento. En función del nivel y edad del estudiante, así como la preparación de los padres, éstos recurren a ayuda externa de profesores particulares para complementar la formación de su hijo.

Por consiguiente, en la enseñanza en casa no hay dejación o abandono del deber de educar por parte de los padres, sino todo lo contrario, los padres ejercitar el deber con gran cuidado. Son progenitores realmente preocupados a la hora de elegir el modelo educativo que a su juicio garantizará una más adecuada formación integral de sus hijos, preocupación en muchos casos motivada por el fracaso escolar de la enseñanza oficial. Tal y como se ha sostenido, el *homeschooling* no debe identificarse con la ausencia de escolarización ni con el absentismo escolar habitual, supuestos que se caracterizan porque no hay detrás un proyecto educativo alternativo para el menor y que suelen tener su origen en la falta de recursos económicos y culturales de los progenitores³⁰.

29 CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho*, cit., p. 212.

30 En este sentido se pronuncia MORENO ANTÓN, M.: "La educación en casa", cit., p. 217. Véase los remedios que ofrece el ordenamiento jurídico español ante los casos de absentismo escolar y falta de escolarización en RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: "Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar", en AA.VV. *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE). Pamplona (2012): Aranzadi, pp. 416-419.

III. PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

I. Causación de dos posibles daños a raíz del ejercicio de la educación en casa.

No puede olvidarse que en el *homeschooling* estamos ante un conflicto jurídico en el que el protagonista es un menor de edad, por tanto, tal y como sostiene el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cualquier decisión concerniente a los menores debe tenerse en cuenta de forma primordial los intereses de éstos, tanto por parte de los poderes públicos (tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos) como por parte de los particulares.

Por consiguiente, qué debe entenderse por interés superior del menor en el ámbito de la educación. Sin duda es el derecho de los menores a recibir una educación que tenga por objeto su pleno desarrollo intelectual y moral. Tal y como se ha sostenido, respecto a los poderes públicos, el interés del menor exige no sólo poner a disposición de los menores los medios suficientes para acceder a una educación básica obligatoria y gratuita dirigida a su desarrollo integral, sino también garantizar un sistema educativo que respete el derecho prioritario de los padres a elegir la educación de sus hijos. Por otra parte, respecto a los progenitores, el interés superior del menor ha de ser el punto de referencia en el ejercicio de su deber de educación, y el criterio de resolución de los conflictos que se planteen entre el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y el derecho de éstos a recibir una formación cuyo fin sea el pleno desarrollo de su personalidad desde el punto de vista intelectual y moral³¹.

Respecto al ejercicio del *homeschooling*, este método de enseñanza en abstracto podría generar dos tipos de daños para el menor; como son una formación académica deficiente y una falta de socialización. Tarea del tribunal será examinar, en cada caso concreto y a la luz de las circunstancias singulares, si el menor educado en el hogar está sufriendo uno de estos daños o tiene un serio riesgo de padecerlo.

A) Formación académica deficiente.

Los niños que reciben este tipo de educación han de poseer el nivel de conocimientos suficientes para acceder, en condiciones de igualdad, a puestos profesionales en el futuro. De acuerdo con el párrafo 5º del art. 27 CE corresponde a los poderes públicos la programación general de la enseñanza, que pasa por garantizar unos contenidos y niveles adecuados en cada fase de desarrollo de los menores. Por consiguiente, los poderes públicos han de habilitar unos medios para

31 Véase estas reflexiones en VALERO ESTARELLAS, M. J.: "Homeschooling en Europa", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 278-279.

verificar que los menores que se educan en casa han adquirido unos conocimientos y competencias mínimos³².

Cabe hablar, pues, de dos tipos de instrumentos. El primero es la realización de pruebas de evaluación de carácter externo que permitan, además, la obtención de títulos homologados correspondientes al nivel real de formación cuando se haya alcanzado al margen del sistema oficial. Pero no basta con la realización de dichas pruebas, sino que además, como segundo medio, debe existir un control periódico sobre la dedicación efectiva de las familias a la educación de sus hijos en casa³³.

Así como el primer tipo de instrumento no es tan problemático, no obstante mayores dificultades reviste el control periódico sobre las familias. Ya he apuntado antes la carestía que puede suponer la investigación de los programas de instrucción en casa³⁴. Por otra parte, los controles tendrían que llevarse a cabo de manera razonable, con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad tanto del menor como de sus progenitores. Se ha sostenido en este sentido que los padres deberían de modo previo dar su consentimiento escrito a las visitas no anunciadas de los supervisores dentro de un periodo de tiempo fijado, por ejemplo, durante las horas correspondientes a la jornada escolar³⁵. Indudablemente para el cumplimiento de la exigencia de los controles periódicos en el hogar es precisa la creación de un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de la educación en casa.

B) Falta de socialización.

El requisito de que la educación en casa no impida la socialización de los menores exige adentrarse en el concepto de socialización. Porque, a mi juicio, uno es el concepto de socialización que utilizan los padres cuando recurren una sentencia ante los tribunales que ordena la escolarización inmediata del menor; y otro es el concepto de socialización que suelen emplear, en cambio, los tribunales en sus fallos cuando resuelven los conflictos relativos a la enseñanza doméstica.

Los progenitores demandados suelen identificar el concepto de socialización con la ausencia de aislamiento del menor y la capacidad de éste de mantener relaciones sociales y de tener contacto con otros niños de su edad. Para cumplir con este

32 Sobre el tema CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje", cit., pp. 97-98.

33 En este sentido señala LÓPEZ CASTILLO, A.: "Formación de la identidad personal y educación: apuntes", en AA.VV. *Identidad, Derecho y Política* (coord. por LÓPEZ CASTILLO, A. Y AGUADO RENEADO, C.). Madrid (2013): Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, p. 330, que las obligaciones constitucionales del Estado en materia de educación no permiten que éste se desatienda de la programación, verificación e inspección de las actividades relacionadas con la enseñanza, incluso si se llevasen a cabo en el hogar.

34 Sobre todo se pone de relieve esta carestía por la doctrina norteamericana; de hecho en algunos estados se niega la educación en casa precisamente a causa de esta razón. Véase RICHMOND, H. C. T.: "Home instruction", cit., pp. 370-371 y 373.

35 En este sentido RICHMOND, H. C. T.: "Home instruction", cit., pp. 375-376.

objetivo en la mayoría de los casos los niños que se educan en casa complementan su formación en el hogar con actividades extracurriculares (deportes, clases de idiomas o de música) que les permiten desenvolverse en otro entorno diferente a su hogar³⁶.

La interpretación que se hace por los tribunales sobre el concepto de socialización no coincide con la interpretación procedente de los medios de comunicación o del movimiento desescolarizador. Así, desde esta segunda perspectiva, socializar significa iniciarse, imbuirse, participar en la formación de aquellos valores que la sociedad se da en un momento dado, es decir, en aquellos valores que aparecen recogidos en el texto constitucional.

El párrafo segundo del art. 27 CE señala cuál es la finalidad que debe perseguir la educación, que va más allá de la mera adquisición de unos conocimientos, afirmándose que es “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”³⁷. El hecho de que la propia CE concrete el objetivo de la educación parece que está marcando a los progenitores que practican el *homeschooling* una serie de pautas, obligándoles a ofrecer a sus hijos una formación en la que se transmitan aquellos contenidos necesarios para su desarrollo desde el conocimiento y el respeto hacia los derechos fundamentales y los valores democráticos³⁸.

Sin duda la escolarización es un medio perfectamente adecuado e idóneo para lograr dicha finalidad constitucional de la educación, esto es, es un medio que permite, de modo continuado y no esporádico, el contacto con la sociedad plural y con las diferentes personas e ideas que la integran³⁹. La escolarización suele poseer

36 Señala BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: “Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, p. 88, que “... la familia es para la sociedad su motor más potente de socialización, y que el hogar es un espacio físico distinto a la escuela, pero la familia constituye un edificio mucho más sólido que el ambiente escolar. Además, el método conocido como educación en casa, también puede practicarse en variados ambientes –no sólo en el hogar-, de diversos modos y en diferentes tiempos, lo que permite formar a los menores con mayor autonomía y flexibilidad, proporcionando mayor capacidad crítica al mantenerse fuera del estándar establecido en el sistema educativo oficial”.

37 Un ejemplo concreto de cómo interpretan los tribunales qué debe entenderse por educación de un menor por sus progenitores es la SAP Girona 3 junio 2011 (JUR 2011, 291908): “...El legislador estatal como autonómico catalán han optado claramente por una enseñanza básica obligatoria en centros educativos presenciales, no autorizando en absoluto la enseñanza en el domicilio de los padres y ello porque el legislador debe cumplir la Constitución que obliga a que la educación tenga por objeto el respeto a los principios democráticos de convivencia...”.

38 GARRIDO FALLA, F.: “Comentario al artículo 27 CE”, en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA), Madrid (2001): Civitas, p. 637, ha mantenido que esta norma fija una directriz a seguir para todos los sujetos que ejerzan la labor educativa, ya sean sujetos privados o públicos; de modo que está estableciendo un cierto “límite” al pluralismo ideológico en materia educativa. Y LLANO TORRES, A.: “La regulación del *homeschooling*”, cit., p. 175, apunta, en relación con el fin que el art. 27.2 CE atribuye a la educación, que una cosa es la obediencia al texto constitucional, exigible a todo ciudadano, y otra la adhesión a los valores que la inspiran y a la interpretación mayoritaria de los mismos, que no lo es.

39 Este argumento es sostenido por la ya citada STC 133/2010 de 2 de diciembre.

efectos beneficiosos para la gran mayoría de los alumnos y es un cauce positivo de inserción social. Pero desde luego tampoco supone una garantía en todo caso de integración social del menor; siendo a veces lugar de conflictos y de experiencias traumáticas para éste⁴⁰.

Cuando el legislador opta por el método educativo de la escolarización, entre otras finalidades, busca suprimir el peligro de sociedades paralelas, basadas en concepciones filosóficas distintas, e integrar a las minorías en la sociedad. Desde luego los centros escolares poseen capacidad de uniformar la cultura y la sociedad a través de los contenidos que se imparten en los mismos y tienen la indudable ventaja de constituir una ayuda para la integración de inmigrantes dentro de la sociedad⁴¹.

Pero a mi juicio es importante caer en la cuenta de que la opción por la escolarización obligatoria no debería ser una vía exclusiva y excluyente de otros modelos educativos, siempre y cuando, claro, se establezcan los necesarios controles sobre dichos modelos. Esta conclusión viene exigida por el pluralismo existente en la sociedad y que consagra la CE en su art. 1, que sin duda debe conducir a un mayor protagonismo del libre desarrollo de la educación y de las formas de educar por parte de los progenitores. Los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la CE salvaguardan dicho pluralismo, esto es, salvaguardan esta opción de vivir de diferente manera, incluso de forma separada de la sociedad. Nuestro texto constitucional garantiza los derechos fundamentales no sólo a las mayorías sino también a las minorías⁴².

Una última precisión: así como puede resultar relativamente sencillo la supervisión de la adquisición de las competencias básicas por los menores (lectura, escritura, matemáticas...), se presenta muy complicado el control sobre este aspecto de la socialización, entendido como la mayor o menor correspondencia de la educación recibida con ciertos valores. Seguramente, tal y como se ha apuntado, por la dificultad, si no imposibilidad, de medir con rigor tal correspondencia⁴³.

2. Consecuencias jurídicas penales y civiles de la educación en casa.

La doctrina parece de acuerdo en que el Derecho Penal no debe entrar a impedir el *homeschooling* en virtud del carácter de *ultima ratio* de esta disciplina, debiendo

40 En este sentido CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje", cit., p. 96.

41 No obstante, se ha apuntado por la doctrina que la educación en el hogar era una práctica habitual en Alemania hasta el año 1930. Pero en ese momento surge el miedo entre los dirigentes de que los padres no asumieran de modo adecuado la responsabilidad de educar a sus hijos y, en especial, que no supieran transmitirles unos conocimientos que debían ser comunes a todo el Estado, en concreto, los principios del movimiento nacionalsocialista. Véase al respecto PETRIE, A. J.: "Home education and the law", *Education and the Law* (1998), núm. 10º, p. 133 y REDONDO, A. M.: *Defensa de la Constitución*, cit., pp. 47-49.

42 En este sentido se pronuncia el jurista alemán REIMER, F. "School attendance", cit., p. 12, enjuiciando de modo crítico las decisiones judiciales de su país, que de forma casi unánime inadmiten la educación en casa.

43 LLANO TORRES, A. "La regulación del homeschooling", cit., p. 177.

aplicarse única y exclusivamente cuando el ordenamiento jurídico carezca de otros mecanismos de solución; por ello es conveniente plantearse si las normas civiles constituyen remedios más adecuados. Aunque hay opiniones divididas y algunas fiscalías son partidarias de que la educación en casa sea punible, sin embargo es cierto que tales acusaciones no prosperan y los procesos acaban, o bien sobreesidos o bien con la absolución de los progenitores⁴⁴.

El precepto que tiene una mayor aplicación en los supuestos de *homeschooling* es el art. 229 CP (“1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno o dos años. 2. Si el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave”).

En el supuesto del *homeschooling* no concurre el tipo objetivo del delito de abandono de menores. El legislador se está refiriendo en el citado precepto a un abandono físico y en el caso de la enseñanza en casa no nos hallamos ante niños abandonados, sino ante menores que están siendo cuidados aunque en una manera distinta a la prevista en la legislación educativa vigente. Del párrafo 3º del citado precepto penal se infiere claramente que el abandono aludido es tal que puede llegar a poner en peligro la vida o la salud del menor; de ahí se deriva que el legislador se está refiriendo en el artículo a un abandono físico, espacial, a “dejar en la calle al menor”, no a casos relativos a la educación ni al lugar de realización de la misma ni al sujeto que la lleva a cabo⁴⁵.

Analizo, a continuación, las concretas medidas jurídico-civiles susceptibles de aplicación ante el ejercicio del *homeschooling* por parte de los padres: la privación de la patria potestad, la responsabilidad civil y la imposición de escolarización⁴⁶.

En primer lugar, dentro de la normativa reguladora del Derecho de Familia, el art. 170 CC prevé en su párrafo primero la privación de la patria potestad por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (“El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en

44 Consúltense al respecto la tesis doctoral de CABO GONZÁLEZ, C.: *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Oviedo (2012), pp. 177-178 (véase <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94200/UC>).

45 En este sentido véase en profundidad el estudio penal hecho por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.: “Consecuencias penales de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I.M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 148-154.

46 Un estudio más amplio de todas estas medidas jurídico-civiles en RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 185-192.

el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial"). Desde luego ésta es una de las medidas de intervención de los poderes públicos sobre la autonomía familiar más agresivas⁴⁷.

A mi juicio la aplicación de esta medida no puede estimarse adecuada en la hipótesis de la enseñanza en casa, y la causa fundamental es que el art. 170 CC está pensado para combatir el incumplimiento de los padres consistente en la dejación grave de sus deberes paterno-filiales. Y ya he constatado en páginas anteriores que en el supuesto de la educación en casa realmente no hay ninguna dejación o desidia de los padres en el deber de educar a sus hijos. Todo lo contrario, existe una gran preocupación por su parte a la hora de elegir el modelo educativo que permitirá una mejor formación integral de sus hijos. Solo nos hallamos ante un ejercicio de sus deberes paterno-filiales en un modo diferente al reglado.

Junto al argumento anterior, cabe añadir otro. Incluso en supuestos donde hay un incumplimiento grave de los deberes paterno-filiales (como el abandono negligente de la educación del menor no escolarizándolo o permitiendo el absentismo escolar), no se requiere, como regla general, una medida tan agresiva y perjudicial para el interés del menor como es la separación de éste de sus padres, ya que, al fin y al cabo, la privación de la patria potestad posee una finalidad fundamentalmente tuitiva del interés del menor. Salvo, eso sí, que la falta de escolarización o la tolerancia del absentismo escolar vayan acompañadas de otras circunstancias concurrentes en el caso, como malos tratos, malas condiciones higiénicas, alcoholismo o toxicomanía de los padres, de las que derive un perjuicio de gran entidad para el desarrollo del menor⁴⁸.

Como una segunda medida posible a aplicar a la hipótesis de la enseñanza en casa estaría la responsabilidad civil. La aplicación de tal medida requeriría, por supuesto, que se dieran todos los requisitos exigidos en el art. 1902 CC ("El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado").

De forma breve, debido a razones lógicas de espacio, es posible vaticinar que una demanda de daños interpuesta por los hijos frente a los progenitores que han elegido el método de la enseñanza en casa no tendría gran éxito. En primer lugar, porque son escasas las demandas de responsabilidad civil procedentes de un familiar a otro por el daño causado, y éstas se han reducido a casos de incumplimiento del

47 RUIJÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, cit., p. 17.

48 RUIJÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*, cit., p. 83. También en idéntico sentido las SSAP Sevilla 13 febrero 1997 (AC 1997, 391) y de Granada 3 marzo 2003 (JUR 2003, 185114).

deber de fidelidad matrimonial, siendo la respuesta del Tribunal Supremo español siempre negativa a la concesión de tal indemnización al ex marido demandante⁴⁹.

Por otra parte sería muy complicado acreditar en el caso del *homeschooling* la existencia de dos de los presupuestos necesarios para que entre en juego la responsabilidad civil extracontractual. Así, en primer lugar, la existencia de un daño sufrido por el menor a consecuencia del ejercicio de la enseñanza en casa. Desde luego poco éxito tendría la prueba de que estos niños no tienen un nivel académico equiparable al que proporciona la enseñanza oficial; como regla general la formación de los niños educados en casa suele ser muy superior a la media, alcanzando sin dificultad el nivel estatal exigido. Tampoco resulta fácil de acreditar la falta de socialización derivada del hecho de que la educación tiene que producirse dentro del respeto a la legalidad, al orden público y, por supuesto, al orden constitucional. La dificultad de la prueba radica, entre otros motivos, en la dificultad de medir la correspondencia entre la educación recibida por el niño y los valores constitucionales, salvo casos claros de enseñanza antidemocrática como podrían ser los de violencia racista o sexista.

Otro presupuesto que debería acreditarse de acuerdo con el art. 1902 CC es el comportamiento doloso o culpable del agente del daño, en nuestra hipótesis, de los progenitores. Y sin duda en la enseñanza en casa faltaría la imputación subjetiva de los progenitores ya que, como he comentado con anterioridad, la falta de asistencia de los niños a un centro oficial no es fruto de la actitud pasiva o desocupada de los padres hacia sus hijos, sino todo lo contrario, hay un exceso de celo en el ejercicio del deber de educar. De nuevo ha de partirse de la presunción de que los progenitores, cuando ejercitan sus deberes paterno-filiales, lo normal es que lo hagan en beneficio de sus hijos.

La última medida jurídico-civil que cabe plantear es que se solicite al juez que ordene la inmediata escolarización del menor que es enseñado en casa en virtud del art. 158 CC [“El juez (...) dictará: 1º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres 4º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios]. La legitimación para solicitar tal medida es muy amplia, ya que, además de poder dictarse de oficio por el propio juez, puede ser pedida a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal.

49 Sobre esta cuestión pueden consultarse los trabajos de RODRIGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Navarra (2008): Thomson Civitas y “La responsabilidad en las relaciones familiares”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Navarra (2011): Thomson Aranzadi, pp. 659 y ss. También véase DEVERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales”, *La Ley* (2007), núm. 2º, pp. 1658-1671.

A mi juicio la intervención del juez adoptando la medida de la escolarización en los casos del *homeschooling* sólo quedaría justificada, a la luz del tenor y de la finalidad presente en el art. 158 CC, cuando la elección de dicho método educativo por los progenitores realmente entrañe, en el caso concreto, un peligro real y actual de que pueda generarse un daño para el menor, o cuando ya se ha constatado que el daño se ha producido.

BIBLIOGRAFÍA

BARASSI, L.: *La famiglia legittima nel nuovo Codice Civile*. Milano (1947): Giuffrè.

BRIONES MARTÍNEZ, I. M.: *La libertad religiosa en los Estados Unidos. Un estudio a través del sistema educativo y de la educación en familia*. Madrid (2012): Atelier.

- "Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 39 ss.

CABALLERO SÁNCHEZ, R.: "Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 89 ss.

CABO GONZÁLEZ, C.: *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*. Oviedo (2012) (<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/94200/UC>).

CACHÓN VILLAR, P.: "Comentario al artículo 39 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución Española* (dir. por M.E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER). Madrid (2008): Fundación Wolters Kluwer, pp. 1003 y ss.

CORRAL TALCIANI, H.: *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*. Santiago de Chile (1994): Pontificia Universidad Católica de Chile.

DEVERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: Resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de deberes conyugales", *La Ley* (2007), núm. 2º, pp. 1658 y ss.

GÁLVEZ MONTES, F. J.: "Comentario al artículo 27 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA). Madrid (2001): Civitas, pp. 631 ss.

GARRIDO FALLA, F.: "Comentario al artículo 39 CE", en AA.VV. *Comentarios a la Constitución* (coord. por F. GARRIDO FALLA). Madrid (2001): Civitas, pp. 821 ss.

GOIRIA, M.: "La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el homeschooling)", *Estudios sobre Educación* (2012), núm. 22º, pp. 37 ss.

LÓPEZ CASTILLO, A.: "Formación de la identidad personal y educación: apuntes", en AA.VV. *Identidad, Derecho y Política* (coord. por LÓPEZ CASTILLO, A. Y AGUADO RENEDO,

C.), Madrid (2013): Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pp. 309 ss.

LLANO TORRES, A.: "La regulación del *homeschooling* ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 161 ss.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.: "El *homeschooling* en el Derecho español", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* (2011), núm. 25º, pp. 1 ss (<http://www.iustel.com>).

-"Análisis de la STC 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 229 ss.

-MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: "Los derechos de los padres sobre la educación de los hijos según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la *Enseñanza en casa*", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 249 ss.

MORENO ANTÓN, M.: "La educación en casa y el artículo 27 de la Constitución en la doctrina del TC", en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 215 ss.

PETRIE, A. J.: "Home education and the law", *Education and the Law* (1998), núm. 10º, pp. 123 ss.

REDONDO, A. M.: *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*. Valencia (2003): Tirant lo Blanch.

REIMER, F.: "School attendance as a civic duty v. home education as a human right", *International Electronic Journal of Elementary Education* (2010), núm. 3º, p. 5 ss (<http://www.iejee.com>).

RICHMOND, H. C. T.: "Home instruction: an alternative to institutional education", *Journal of Family Law* (1979-1980), núm. 18º, pp. 359 ss.

ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*. Madrid (1999): Civitas.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Navarra (2008): Thomson Civitas.

-“La responsabilidad en las relaciones familiares”, en AA.VV. *Tratado de Derecho de Familia* (dir. por M. YZQUIERDO TOLSADA Y M. CUENA CASAS), Navarra (2011): Thomson Aranzadi, pp. 659 ss.

-“Daños causados a los hijos por el incumplimiento del deber de educar”, en AA.VV. *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares* (coord. por J. R. DE VERDA Y BEAMONTE). Pamplona (2012): Aranzadi, pp. 363 ss.

-“Consecuencias jurídico-civiles del ejercicio de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 181 ss.

RODRÍGUEZ-PATRÓN, P.: “Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública”, en AA.VV., *El Menor ante el Derecho en el siglo XXI* (coord. por J. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO Y A. M. RODRÍGUEZ GUTIÁN). Madrid (2011): Universidad Autónoma de Madrid-Boletín Oficial del Estado, pp. 169 ss.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: *La privación de la patria potestad*. Madrid (2006): Atelier.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid (1912): Sucesores de Rivadeneyra.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.: “Consecuencias penales de la educación en casa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 143 ss.

SCOTT, S. E./SCOTT E. R.: “Parents as Fiduciaries”, *Virginia Law Review* (1995), núm. 81º, pp. 2401 ss.

TRIBE, L. H.: *American Constitutional Law*. New York (1988): The Foundation Press.

VALERO ESTARELLAS, M. J.: “Homeschooling en Europa”, en AA.VV. *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia* (coord. por I. M. BRIONES MARTÍNEZ). Madrid (2014): Dykinson, pp. 273 ss.

