

BIBLIOGRAFÍA

BOLETÍN

LA EDUCACIÓN EN CASA (*HOMESCHOOLING*) EN ESPAÑA: ¿OPORTUNIDADES PERDIDAS O NUEVOS ENFOQUES?

BELÉN RODRIGO LARA
Universidad Internacional de La Rioja

Resumen: Este trabajo trata el fenómeno de la educación en casa o *homeschooling* en España poniendo el acento en tres aspectos clave que han tenido lugar recientemente. El primero, la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE). Examinaremos si se ha producido alguna novedad con respecto de la normativa anterior en el sentido de favorecer la educación en casa o no. El segundo aspecto a tener en cuenta es la resolución del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el caso Wunderlich, de 10 de enero de 2019. Aunque no afecte directamente al sistema educativo español, sí nos da pistas sobre la línea interpretativa de este tribunal en el ámbito europeo y la influencia que pudiera tener en futuras sentencias sobre el tema en España. Finalmente, la pandemia por COVID-19, su influencia en el ámbito educativo y en la decisión de algunos padres para educar a los hijos en casa. Previamente, realizaremos una síntesis del tratamiento jurídico de este fenómeno en España con la base de los estudios previos y la jurisprudencia sobre *homeschooling*.

Palabras clave: *Homeschooling*, educación en casa, LOMLOE, COVID-19, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: This paper deals with the phenomenon of homeschooling in Spain with an emphasis on three key aspects that have taken place recently. The first, the adoption of Organic Law 3/2020, of December 29, amending Organic Law 2/2006, of May 3, on Education (LOMLOE). We will examine whether there has been any developments with respect to the previous regulations in the sense of promoting home education or not. The second aspect to be taken into account is the decision of the European Court of Human Law in the Wunderlich case of 10 January 2019. Although it does not directly affect the Spanish education system, it does give us clues about the interpretive line of this court at

European level and the influence it may have on future judgments on the subject in Spain. Finally, the COVID-19 pandemic, its influence on education and the decision of some parents to educate children at home. Previously, we will make a synthesis of the legal treatment of this phenomenon in Spain based on previous studies and case law on homeschooling.

Keywords: Homeschooling, LOMLOE, COVID-19, European Human Rights Court.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La educación en casa o *homeschooling*. 2.1 Implicaciones jurídicas. 2.2 Precisiones terminológicas: educar, enseñar y escolarizar. 3. Tratamiento jurídico de la educación en casa en España. 3.1 Los perfiles y las motivaciones de los padres. 3.2 Los derechos educativos, sujetos y garantías. 3.3 Resoluciones judiciales: especial referencia a la STC 133/2010, de 2 de diciembre y la Sentencia del TEDH Wunderlich c. Alemania. 3.3.1 Resoluciones del Tribunal Constitucional. 3.3.2 Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.4 La reforma del sistema educativo: el *flexischooling*. 4. La Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (LOMLOE): oportunidad perdida para la educación en casa. 5. La influencia de la pandemia por la COVID-19 en el fenómeno de homeschooling: campo de pruebas y nuevas motivaciones. 6. Síntesis conclusiva

1. INTRODUCCIÓN

La educación en casa o *homeschooling* no es una temática sobre la que abunden los registros bibliográficos en revistas jurídicas especializadas en España. El asunto, aunque no exento de controversias jurídicas, se circunscribe a la consideración alegada de la práctica del *homeschooling*, por su falta de regulación legal expresa, que ni permite ni prohíbe su práctica y la remisión al artículo 27 de la Constitución Española (en adelante CE) que establece la enseñanza como obligatoria y gratuita entre los 6 y los 16 años.

No obstante, como puede comprobarse de los estudios doctrinales y las resoluciones judiciales, la cuestión no es tan clara y pacífica como podría determinarse en una aproximación general a la regulación del sistema y los derechos educativos en España. Precisamente, esa generalidad y ausencia de normativa sobre el *homeschooling* hace aflorar diversas interpretaciones jurí-

dicas que, lejos de un consenso, provocan divergencias y más dudas respecto de este fenómeno.

No es objeto de este trabajo realizar un estudio pormenorizado de la educación en casa, ni tampoco un análisis de derecho comparado en el que se examine esta alternativa sobre la educación de los hijos en otros países que pudiera servir de referencia a una posible regulación en España. En la actualidad contamos con una serie de trabajos doctrinales¹ que abordan con rigor y profundidad este tema y a los que iremos haciendo referencia en epígrafes siguientes. Igualmente, el Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado publicó en el volumen XXXI correspondiente al año 2015 un boletín específico dedicado a esta materia, donde su autora realiza un trabajo de síntesis legislativa, doctrinal y jurisprudencial detallada², al que nos remitimos.

Sin embargo, consideramos de interés realizar una labor a modo de «estado de la cuestión» tomando como referente tres elementos novedosos: la pandemia provocada por la COVID-19, la entrada en vigor de una nueva ley educativa, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (en adelante LOMLOE) y la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el caso Wunderlich c. Alemania, de 10 de enero de 2019 que, si bien no es un tema directamente relacionado con España, sí nos puede dar pistas de la interpretación del Tribunal Europeo en materia de educación en casa y relacionarlo con las sentencias pronunciadas en España.

¹ Algunos autores españoles que han tratado el *homeschooling* en España desde la perspectiva jurídica son ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., «La objeción de conciencia al sistema escolar: la denominada educación en casa», en *Laicidad y Libertades*, 6 (2006); BRIONES MARTÍNEZ, I., «¿La escuela en casa o la formación de la conciencia en casa?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3 (2003). De la misma autora «Exenciones de libertad religiosa en la educación privada y pública y/o *homeschooling*», en María Moreno Antón (coord.), *Sociedad, derecho y factor religioso: estudios en honor del profesor Isidoro Martín Sánchez*, Iustel, 2017, pp. 107-124; Igualmente la obra colectiva de Briones Martínez, I. (coord.), *Educación en familia: Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson, 2014. VALERO ESTARELLAS, M. J. «Homeschooling o educación en casa: ilegalidad o derecho de los padres», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXIX (2013), pp. 689-710 disponible en [abrir_pdf.php \(boe.es\)](https://boe.es). Hay que destacar especialmente la labor de investigación en sendas tesis doctorales sobre este tema de CABO GONZÁLEZ, C., *El fenómeno del homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, 2012, defendida en la Universidad de Oviedo y disponible en <https://redined.mecd.gob.es/xmlui/handle/11162/119161> y de GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Tirant Lo Blanch, 2014. Deberías ordenarlo por orden alfabético o cronológico....

² FUENTES BAJO, G., «Educar en casa (*homeschooling*) en España: pasado, presente y futuro», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI (2015), pp. 889-926. Puede consultarse en https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2015-10088900926.

2. LA EDUCACIÓN EN CASA O *HOMESCHOOLING*

2.1 Implicaciones jurídicas

¿Educar en casa? Partimos de la premisa de que la educación es connatural al ámbito familiar, desde que nacemos estamos aprendiendo de nuestros padres o tutores: el idioma, las costumbres, religión, cultura o conocimientos básicos para el desenvolvimiento en la vida. Hecha esta precisión que, en principio parecería innecesaria por evidente, la interpretación de la educación en casa o *homeschooling* desde el punto de vista jurídico es un fenómeno que debe entenderse en el contexto actual, en el que la educación se configura como un derecho fundamental, protegido y garantizado por el Estado que lo regula, poniendo el foco de su actuación en la enseñanza reglada y en la ordenación del sistema educativo, constitucionalizando la enseñanza básica como obligatoria y gratuita³.

Efectivamente, la decisión de educar en casa de unos padres, o de los que ostenten la representación legal de los menores de edad, puede tener diversas motivaciones y distinto alcance que dificulta abordar este asunto con unos elementos claramente definidos y desde perspectiva única. La decisión de no escolarizar a los hijos realmente no es una opción, porque no existe tal posibilidad reconocida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se trata como una acción que incumple la normativa sobre educación. Las consecuencias legales pueden abarcar desde considerarlo como absentismo escolar hasta incumplimiento de las funciones de la patria potestad e incluso como una vulneración del derecho fundamental a la educación del menor. No obstante, cualquiera que haya dedicado un tiempo a estudiar el fenómeno del *homeschooling* e indagar sobre las motivaciones que llevan a los padres a esta decisión puede concluir que la mayoría de los casos no responde al perfil de padres «negligentes».

De hecho, en muchas ocasiones son resultado de una preocupación en exceso de la calidad del sistema educativo y de los valores que se transmiten a sus hijos. Los motivos esgrimidos suelen abarcar desde cuestiones pedagógicas, tales como aquellas en las que se prima el grado de implicación y decisión del alumno en su propio proceso de enseñanza-aprendizaje, otras, en las que se trata de adaptar la enseñanza al ritmo de aprendizaje o peculiaridades del alumno (necesidades educativas especiales; entre otras, altas capacidades, dificultades del aprendizaje, grados de discapacidad, etc.) a argumentos o motivaciones que entran de lleno en materia jurídica (ejercicio de derechos educativos paternos, libertad religiosa...) y que desembocan en el cuestionamiento del propio

³ El ordenamiento jurídico español así lo establece en el artículo 27 de la Constitución Española.

sistema educativo. Esto se materializa en la idea de considerar que la escuela y lo que ofrece no cumple las expectativas de los padres para la educación de sus hijos y, por ello, deciden llevar a cabo este proceso en sus hogares.

Esta decisión conlleva implicaciones jurídicas en varios sentidos. En primer lugar, en conexión con lo indicado en las primeras líneas de este punto, se refiere al contexto. Evidentemente, cuando la educación se universaliza y se garantiza por parte del Estado estableciendo la enseñanza obligatoria y gratuita en sus niveles básicos, hace que el derecho a la educación sea protegido haciendo que todos puedan tener acceso a la misma con base en los principios de igualdad y no discriminación⁴.

En segundo lugar, la competencia del Estado en materia educativa hace que el conflicto surja cuando en el mismo plano de protección jurídica se establece el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus propias convicciones en clara conexión con el derecho fundamental a la libertad religiosa⁵, por lo que éstos pueden cuestionar algunos aspectos de la enseñanza reglada, siendo lo más habitual las objeciones a contenidos curriculares o la forma de transmitirlos en el aula⁶. En el caso de *homeschooling* se puede afirmar que esta decisión de los padres es una objeción al sistema educativo en su conjunto, en cuanto que incumplen una norma que les obliga a escolarizar a sus hijos de acuerdo con el sistema legalmente establecido. Dicha objeción puede estar ligada a motivos de conciencia, en los que estarían presentes no tanto los motivos pedagógicos como los religiosos.

En tercer lugar, surgiría el conflicto jurídico entre el papel de Estado como garante de los derechos y del ordenamiento jurídico en su conjunto y los dere-

⁴ Artículos 9.2 y 14 CE.

⁵ Artículos 27.3 y 16 CE.

⁶ GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *La objeción de conciencia de los padres a ciertos contenidos docentes en España y la jurisprudencia de Estrasburgo*, Dykinson, Madrid, 2017; PALOMINO LOZANO, R., «Acomodación y exención por motivos religiosos en el ámbito escolar: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Derecho y Religión*, núm. 13 (2018), pp. 197-213; VALERO HEREDIA, A., «Integración social y derecho a la educación: a propósito de la Sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Estudios Políticos*, 180 (2018), 255-274; MARTÍ SANCHEZ, I., «Objeciones de conciencia y escuela», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15 (2007); MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, (2007); VEGA GUTIÉRREZ, A., «La objeción de conciencia en el ámbito educativo», *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 11 (2007), pp. 207-296; JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. A., CAÑAMARES ARRIBAS, S., «La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15 (2007); RUANO ESPINA, L., «Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17 (2008).

chos educativos de los padres en el marco de la institución de la patria potestad. El eje sobre el que debe pivotar este «conflicto» lo constituiría el principio jurídico del interés del menor y sus derechos fundamentales.

2.2 Precisiones terminológicas: educar, enseñar y escolarizar

La definición y el alcance jurídico de lo que se entiende por educación y enseñanza son términos en conexión, pero no equivalentes. La aclaración terminológica de ambos constituye un punto de partida básico para entender el fundamento y el encaje jurídico de la educación en casa.

Al margen de las implicaciones jurídicas de la noción de las palabras educar, enseñar y escolarizar, y sin ánimo de exhaustividad en cuestiones terminológicas, haremos referencia a las acepciones recogidas por el diccionario de la RAE que pueden ser bastante clarificadoras cuando analicemos el papel de los agentes implicados (padres, alumnos, administración educativa) en el fenómeno de *homeschooling*.

Las cinco acepciones que recoge el diccionario del verbo «educar»⁷ tienen un contenido amplio e implican acciones que van más allá de una mera transmisión de conocimientos. Supone un concepto que engloba entre otros aspectos la acción orientadora, el desarrollo de las facultades intelectuales, morales y las habilidades sociales. Podemos afirmar que todo ello constituye la esencia de lo regulado por el artículo 27.2 CE al establecer que 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». El pleno desarrollo de la personalidad propiciado por la acción educativa implica que esta labor sea realizada por varios agentes, de los cuales, los primeros responsables serán los padres o tutores, además de la escuela y otros grupos sociales.

Por otra parte, el concepto «enseñar»⁸ podemos englobarlo como una parte del todo conformado por la labor de educar. Observamos en su acepción la acción de «instruir» o «amaestrar» con reglas o preceptos o «indicar», dar señas

⁷ «1. tr. Dirigir, encaminar, doctrinar. 2. tr. Desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc. Educar la inteligencia, la voluntad. 3. tr. Desarrollar las fuerzas físicas por medio del ejercicio, haciéndolas más aptas para su fin. 4. tr. Perfeccionar o afinar los sentidos. Educar el gusto, el oído. 5. tr. Enseñar los buenos usos de urbanidad y cortesía.» <https://dle.rae.es/educar>.

⁸ «1. tr. Instruir, doctrinar, amaestrar con reglas o preceptos. 2. tr. Dar advertencia, ejemplo o escarmiento que sirva de experiencia y guía para obrar en lo sucesivo. 3. tr. Indicar, dar señas de algo. 4. tr. Mostrar o exponer algo, para que sea visto y apreciado. [...]» <https://dle.rae.es/ense%C3%B1ar>.

de algo. Todo ello implica un proceso de transmisión de conocimientos específicos y formación en competencias, asociados a lo que se conoce como educación formal o enseñanza reglada determinada por las leyes educativas y que se imparten en los centros educativos.

Finalmente, «escolarizar» según el diccionario de la RAE es «proporcionar escuela a la población infantil para que reciba la enseñanza obligatoria».

Desde el punto de vista jurídico, las acciones de educar y enseñar (también escolarizar) tienen su expresión en el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Al igual que las acepciones de estos términos son distintas en el diccionario de la RAE, la definición jurídica de educación, enseñanza y escolaridad también es diversa. Esta apreciación que se muestra innecesaria para todo aquel con formación en derecho por su evidencia en la regulación normativa, así como por los innumerables estudios doctrinales al respecto⁹, constituye como veremos más adelante, un factor clave en el tratamiento jurídico del fenómeno de *homeschooling*.

La educación se configura como un derecho fundamental regulado en textos jurídicos internacionales y europeos¹⁰, y en el derecho interno español. En la normativa española se refleja en el extenso y complejo artículo 27 CE, así como en su desarrollo legislativo del que destacamos la Ley Orgánica 8/1985,

⁹ Por citar algunos de ellos: DOMINGO M. (ed.), *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, Comares, Granada, 2008; FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988; FERRER ORTIZ, J., «Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 10 (2006). GONZÁLEZ-VARAS, A., *Derechos educativos, calidad en la enseñanza y proyección jurídica de los valores en las escuelas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; MESEGUER VELASCO, S., «La acomodación de las creencias religiosas en el ámbito escolar», en Cano Ruiz, I. (ed.), *La enseñanza de la religión en la escuela pública*, Comares, Granada, 2014; OLMOS ORTEGA, M.ª E., «El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos», en Cano Ruiz, I. (ed.), *La enseñanza de la religión en la escuela pública*, Comares, Granada, 2014; ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. *Interés del menor y derecho a la educación*, Tirant lo Blanch, 2017; VEGA GUTIÉRREZ, A., «La gestión de la diversidad religiosa en las políticas educativas españolas», en Vega Gutiérrez, A. (coord.), *La gestión de la diversidad religiosa en el sistema educativo español*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

¹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> artículo 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, artículo 13; Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, arts. 28 y 29; Protocolo Adicional núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf artículo 2; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 (*Diario Oficial de la Unión Europea*: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003>, artículo 14.

de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ambas modificadas por la reciente LOMLOE, que deroga la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). A todo ello, hay que sumar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia educativa de acuerdo con los artículos 148 y 149 CE¹¹.

Desde el 27 de abril de 2016, la RAE dispone de un diccionario panhispánico del español jurídico. Este recurso es de gran ayuda puesto que complementa y permite contextualizar las definiciones del diccionario de la lengua española en el ámbito jurídico. Concretamente, la entrada relativa a la educación¹² remite en primer lugar al artículo 27 CE afirmando que es «un derecho fundamental de todos los ciudadanos que incluye, como mínimo, el derecho de acceso a una enseñanza básica gratuita» y a los principios básicos en materia educativa recogidos por el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966¹³.

Por su parte, la «enseñanza» se define de forma más escueta como «Sistema, método y acción de dar instrucción, de proporcionar conocimientos», relacionado con la libertad de enseñanza y referenciado a la entrada «educación», es decir como un elemento integrante de ésta.

El diccionario jurídico de la RAE establece que la «escolarización» es «la actuación de la Administraciones educativas para proporcionar centro docente a la población infantil con el fin de que curse la enseñanza obligatoria».

En definitiva, podemos asemejar los términos educar, enseñar y escolarizar a una matrioska rusa, esas muñecas que encajan una dentro de otra. La educación sería la madre de las que se van extrayendo sus hijas: la enseñanza y la

¹¹ A través del portal del *BOE* puede consultarse un código electrónico de leyes educativas: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=53&modo=1¬a=0

¹² <https://dpej.rae.es/lema/educaci%C3%B3n>.

¹³ «1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación 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. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; [...] 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

escolaridad. En este sentido, el Estado establece la escolaridad obligatoria como mecanismo para garantizar el mínimo de la enseñanza básica y gratuita que se incluye en el derecho –más amplio– a la educación.

Paralelamente, los tribunales también se han encargado de precisar el contenido de estos conceptos. Una de las matizaciones más significativas la realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982. En el párrafo 33 el Tribunal determina que «la educación de los niños es el procedimiento total mediante el cual en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores, mientras que la enseñanza o la instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual»¹⁴.

También el Tribunal Constitucional español ha realizado una aproximación a la noción de enseñanza afirmando que se trata de «una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores»¹⁵.

En conclusión, a la hora de abordar el tratamiento jurídico de la educación en casa el punto de partida será la acepción «educar», en su sentido más amplio, puesto que los padres y otras personas que se encarguen de la formación de los hijos en casa lo harán tanto «enseñando o instruyendo» en conocimientos y aptitudes como en la educación en valores y transmisión de cultura, costumbres, religión, y ello no es competencia exclusiva del Estado.

3. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA EDUCACIÓN EN CASA EN ESPAÑA

3.1 Los perfiles y las motivaciones de los padres

La educación en casa puede abordarse desde diversos ámbitos, siendo los estudios más relevantes los que la tratan desde la perspectiva pedagógica y la jurídica. No vamos a referirnos en este estudio a los trabajos pedagógicos¹⁶, pero sí dejar constancia de su importancia en la génesis de este movimiento, ya que una motivación de los padres para ejercer la educación en casa supone aplicar metodologías didácticas distintas a las procuradas en el sistema reglado,

¹⁴ La sentencia puede consultarse en la página web del TEDH: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:\[%22001-57455%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22itemid%22:[%22001-57455%22]}).

¹⁵ STC de 13 de febrero de 1981, F. J. 7.º

¹⁶ Algunos de los más recientes son: BELLMUNT BORRÀS, MARÍA, «Contribuciones Pedagógicas del *Homeschooling*» en F. Javier Murillo y Cynthia Martínez-Garrido (coords), *Actas del XIX Congreso Internacional de Investigación Educativa* (vol. I), Asociación Interuniversitaria de Investigación Pedagógica (AIDIPE), Madrid, 2019, pp. 290-295.

o hacerlo de manera más personalizada y efectiva, que mejoran la atención, el seguimiento y rendimiento de los niños, sobre todo en aquellos con necesidades educativas especiales o que presenten algún trastorno o enfermedad.

Esto es solo un ejemplo de un perfil de padres que optan por la enseñanza en casa, ya que el fenómeno de *homeschooling* se caracteriza precisamente por el carácter polifacético y plural de las motivaciones y los perfiles de los padres.

En este sentido, tal y como afirma Valero Estarellas confluyen «padres *new-age* y *ecofriendly* con otros con unas inquietudes religiosas que les hacen desear para sus hijos una educación acorde con unas creencias que no ven respetadas en la educación normalizada; padres que nunca han llevado a sus hijos a la escuela con otros que han dejado de hacerlo por tener destinos profesionales fuera de sus países de origen o por no haber encontrado otras alternativas a situaciones de violencia, acoso, fracaso escolar o incluso de falta de respuesta del sistema educativo institucional a las especiales necesidades educativas de sus hijos»¹⁷.

Cabo González se refiere en su trabajo a un amplio espectro de motivaciones y perfiles de padres que confieren el carácter poliédrico a la educación en casa, haciendo un recorrido por diversos países desde la aparición de este fenómeno en EE. UU.¹⁸. A modo de ejemplo y para dejar constancia de esa diversidad, este autor describe motivaciones tales como el refuerzo de los lazos familiares y la objeción a los contenidos transmitidos en las escuelas, algo que conecta de lleno con el ejercicio de la libertad religiosa, que se concreta en la objeción de conciencia. Esta motivación son las propias de los padres religiosos, conservadores y que sitúan la familia como elemento esencial de sus vidas y la sociedad.

Este autor también se refiere al grupo de padres movidos por las corrientes pedagógicas que discrepan de la forma en la que se desarrolla el proceso de enseñanza-aprendizaje en las escuelas, y en las que, según ellos, no se priorizan las metodologías que hacen partícipe al alumno y que respeten las características individuales de los niños y su ritmo de aprendizaje.

Existe otro conjunto de motivaciones que lo constituyen los padres que pretenden un mayor éxito académico de sus hijos y otros los que consideran que la escuela no es un entorno adecuado para que los hijos se socialicen adecuadamente o en un entorno apropiado (influencias negativas, acoso escolar...).

Goiria Montoya recoge otro «catálogo» de motivaciones. Estos motivos son motivos ideológicos, motivos pedagógicos, motivos emocionales y motivos religiosos¹⁹.

¹⁷ VALERO ESTARELLAS, M. J. «*Homeschooling* o educación en casa...», *op. cit.* p. 693.

¹⁸ CABO GONZÁLEZ, C., El fenómeno del *homeschooling*..., *op. cit.* pp. 51-67.

¹⁹ Esta clasificación encaja básicamente con lo anteriormente expuesto y se refiere a un estudio llevado a cabo en 2005 en España por la Asociación para la Libre Educación (ALE),

La cuestión pedagógica constituye un elemento integrante del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos al que se refiere la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁰, cuando afirma que «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». La inclusión del elemento pedagógico marca una importante diferencia respecto de otros textos jurídicos internacionales y el propio derecho interno español que se limitan a reconocer el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas en clara conexión con el derecho fundamental de libertad de pensamiento, conciencia y religión, como por ejemplo, en el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950²¹ y el artículo 2 de su primer Protocolo Adicional (PA)²².

Martínez-Torrón²³ se refiere al alcance de esta diferencia al incluir las «convicciones pedagógicas» y afirma que el amplio significado de tal término ha suscitado cierta controversia, especialmente con respecto al posible reconocimiento del derecho a la educación en el hogar, que hasta ahora se ha rechazado por el Tribunal Constitucional español y que queda patente en la STC 133/2010, de 2 de diciembre, a la que dedicaremos unas líneas más adelante. Valero Estarellas se detiene en el análisis de esta sentencia y lo relaciona con este aspecto pedagógico recogido por el artículo 14 de la Carta, realizando una crítica a los argumentos esgrimidos por el Tribunal para rechazar la consideración en el caso de los criterios pedagógicos, pero también cerrando la puerta a las motivaciones religiosas y filosóficas²⁴.

<https://www.educacionlibre.org/bibliografia/>. GOIRIA MONTOYA, M., *La opción de educar en casa...*, op. cit. p. 114.

²⁰ Puede consultarse en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>.

²¹ «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como *la libertad de manifestar su religión o sus convicciones* individual o colectivamente, en público o en privado, *por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos*». (La cursiva es nuestra).

²² «A nadie se le puede negar el derecho a la educación. 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*». (La cursiva es nuestra).

²³ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Religion and Law in Spain*, Second edition, The Netherlands: Wolters Kluwer, 2018, p. 162.

²⁴ Afirma la autora que «se entiende la interpretación, a mi entender excesivamente restrictiva, que el Tribunal Constitucional hace de la inclusión en el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del respeto a las convicciones pedagógicas [...] Por el contrario, la expresa mención de esta categoría de convicciones debería en mi opinión ser interpretada de manera amplia, y no limitarla en el sentido indicado por la sentencia», VALERO ESTARELLAS, M. J., «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», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, 2012, pp. 26-27.

Por otra parte, y ahondando en lo expuesto por estos autores, hay que recordar que estas fuentes internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico español también se erigen en criterios para la interpretación de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 10.2 CE²⁵ y que esta interpretación deber ser favorable a facilitar el ejercicio de los derechos no de restringirlos.

3.2 Los derechos educativos, sujetos y garantes

El marco jurídico en el que encajamos la educación en casa lo constituye el conjunto de derechos educativos cuyos sujetos y agentes implicados son básicamente los padres, los hijos y el Estado.

La base de todo ello la constituye el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, derechos fundamentales recogidos por el artículo 27 CE y desarrollados por las leyes educativas. Ello se traduce en:

- Que todos tienen el derecho a la educación.
- Fijar como objeto de la educación el pleno desarrollo de la personalidad.
- Garantizar 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.
- La enseñanza básica como obligatoria y gratuita.
- Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación.
- Libertad de creación de centros docentes, en conexión con la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que sus hijos reciban formación de acuerdo con sus convicciones.
- Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo.

La interpretación del artículo 27 CE debe hacerse dentro de los parámetros establecidos por los textos internacionales sobre derechos humanos, en cumplimiento de los establecido en el artículo 10.2 CE. Uno de esos textos es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que en el artículo 26 se refiere al derecho a la educación en estos términos: «Toda persona tiene derecho a la educación. [...] La instrucción elemental será obligatoria. [...] La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades funda-

²⁵ «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

mentales; [...] Los padres tendrán *derecho preferente a escoger el tipo de educación* que habrá de darse a sus hijos». Esta referencia expresa la consideramos necesaria para determinar el verdadero alcance de los derechos educativos paternos. La lectura del artículo 27.3 CE parece restringir el derecho de los padres a elegir solo una formación religiosa y moral, pero el artículo 26 de la DUDH amplía ese derecho al referirse al derecho de los padres a escoger el tipo de educación.

Por otra parte, la mayoría de los autores que han estudiado la educación en casa en España son unánimes en distinguir la escolaridad obligatoria y gratuita del derecho a la educación. Efectivamente, la primera es una garantía de la segunda, en el sentido de procurar por parte del Estado un mínimo de protección y efectividad del derecho fundamental. Constituye un avance de las sociedades contemporáneas y democráticas garantizar un puesto en un centro educativo a todos los niños y niñas sin discriminación y en condiciones de igualdad. Huelga decir, que esto no ha sido siempre así. Pero este argumento no puede justificar que el Estado se erija en una especie de monopolio, que determine, gestione y valore todo lo que entraña la educación, como derecho y como proceso. Esta conclusión que podría calificarse de exagerada se suaviza con la previsión del artículo 27.6 CE al determinar la libertad de creación de centros docentes como manifestación de la libertad de enseñanza y garantizar el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE). No obstante, la decisión de los padres de educar en casa no constituye una opción dentro del sistema educativo establecido y, por tanto, queda fuera de la legalidad.

Es cuando se plantea el problema de la intervención del Estado. La cuestión principal estriba en determinar si la educación en casa puede calificarse como una actuación negligente o una forma de dejación de funciones paterno-filiales o si se vulnera el derecho a la educación de los hijos. Ciertamente, habrá que retomar la cuestión terminológica y jurídica para determinar si «educar» es sinónimo de «escolarizar» a través de la asistencia a un centro educativo obligatoriamente. Vistos los motivos que mueven a los padres a educar a sus hijos en casa, podemos afirmar que la respuesta a ambas cuestiones es negativa. Precisamente la opción por no escolarizar a los hijos muestra evidencias de la preocupación o el interés por la educación, aunque movidos por diversas motivaciones. En ningún caso puede equipararse la opción de educar en casa con la declaración de absentismo escolar, consecuencia de no asistir al centro educativo.

Todo ello entronca con la cuestión de los derechos y deberes paterno-filiales, que como hemos visto, en la CE se refleja muy someramente y a un aspecto muy concreto en el artículo 27.3. El título VII del Código Civil se refiere a

la relaciones paterno-filiales y en concreto, el artículo 154 regula la institución de la patria potestad. La patria potestad constituye un conjunto de derechos y deberes de los padres en relación con la crianza, educación y sustento de sus hijos²⁶, ejercitados siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Como afirma Asensio Sánchez «[l]as funciones educativas reconocidas a los padres en el artículo 154.1 CC, concreción de los deberes constitucionales paternos (artículo 39.3 CE), no se identifican exclusivamente con la escolarización obligatoria y tampoco están circunscritas a la educación institucionalizada. [...] La importancia de la educación familiar aparece ya en el momento de la promulgación del Código Civil que, al imponer a los padres deberes educativos para con los hijos, estaba pensando más en la educación familiar y no tanto en la institucionalizada o reglada que no era accesible a todos. El reconocimiento del derecho a la educación y las libertades educativas a él asociadas en la Constitución (artículo 27.1 CE) no implica reducir las facultades educativas paternas a un mero testimonio del carácter educativo que tradicionalmente ha tenido la patria potestad. Es más, estas funciones se proyectan en el sistema educativo diseñado en la Constitución, puesto que en el Código la educación del menor es entendida como un proceso continuo entre la educación en la familia y la educación en la escuela»²⁷.

Especialmente clarificador es el trabajo de Martín Agar que con el expresivo título «Los padres. Primeros educadores. *Homeschooling*» trata de lleno este asunto²⁸. El cual hace un recorrido muy completo y claro por el fenómeno de la educación en casa poniendo el acento en el papel de los padres como responsables de la educación de sus hijos con la ayuda del Estado²⁹.

Otros autores como Moschella también profundizan en esta idea al defender la afirmación de que los niños «pertenecen» a sus padres. En otras palabras,

²⁶ «1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes.»

²⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., «Las funciones educativas paternas y su proyección en el sistema educativo constitucional», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 52 (2020), p. 26.

²⁸ MARTÍN DE AGAR, J. T., «Genitori. Primi educatori. *Homeschooling*», *Ius Ecclesiae. Rivista Internazionale di Diritto Canónico*, vol. XXX, núm. 2, 2018, pp. 443-472.

²⁹ «Sta a loro decidere in che misura vorranno farsene carico direttamente e in quale ricorrere all'aiuto d'altri, tra cui la scuola; questa è uno strumento, un aiuto che si usa a seconda del bisogno, chi decide sono le persone interessate: i genitori e i figli, i cui rispettivi diritti non si possono considerare come opposti in partenza. Sta di fatto che la maggior parte dei genitori non sente di doversi occupare appieno dell'insegnamento dei figli, bensì appoggiandosi alle scuole "le quali appunto sono di precipuo aiuto ai genitori nel compiere la loro funzione educativa" (can. 796 § 1). Allo Stato tocca un imprescindibile ruolo di tutela e regolamentazione unitaria, di appoggio e all'uopo supplenza secondo la regola della sussidiarietà.» MARTÍN DE AGAR, J. T., «Genitori. Primi...», *op. cit.* p. 471.

los niños son principalmente miembros de las familias, y solo de forma secundaria e indirecta miembros de la comunidad o la sociedad, Además de que la patria potestad regulada por el ordenamiento jurídico otorga a los padres el derecho-deber de cuidar y velar por el interés de sus hijos³⁰.

Por los motivos que apuntan estos autores, no consideramos adecuado presentar un planteamiento de la educación en casa basada en la dicotomía: derechos de los padres frente a derecho del menor a ser educado. En este supuesto conflicto de derechos entra en escena un elemento clave: el Estado como garante de los derechos fundamentales y de la protección del menor y valedor del respeto al interés superior del niño. El punto clave estriba en la consideración del interés del menor: ¿qué es el interés del menor? ¿quién lo determina? ¿cuál es el procedimiento y qué elementos hay que tomar en cuenta para determinarlo? Tocamos así un punto sensible y complejo, cuyo tratamiento excedería el objeto de este trabajo, pero que es preciso referenciar, aunque sea brevemente, ya que entronca con un fundamento esencial de la educación en casa, bien para rechazarla o, al contrario, en su defensa.

El concepto del interés superior del menor tiene como objeto garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. Consideramos que las personas adecuadas para determinar cuál es el mejor interés al menor son los padres o tutores, que son los que en primera instancia deben decidir sobre lo que concierne a sus hijos.

Aunque aparece en normas³¹ tanto de ámbito nacional como en textos internacionales, el interés superior del niño ha sido objeto de un tratamiento más pormenorizado por parte del Comité de los Derechos del Niño, dentro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Observación general número 14 (2013)³² sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial). Este documento viene a establecer unas bases, unas líneas interpretativas para poder aplicarlo en todas las decisiones que afecten a los menores. Asimismo, esta Observación del Comité de los Dere-

³⁰ «I have defended the claim that children “belong” primarily to their parents. In other words, children are primarily and directly members of families, and only secondarily and indirectly members of the larger political community, because the intimate relationship between parent and child gives parents the most direct and immediate special obligation to care for and exercise paternalistic authority over their children. Further, on my view, because parental authority is based on intrinsic features of the parent-child relationship, the authority of parents is natural and original, not conventional or derivative of the authority of the state or larger community». MOSCHELLA, M., *To whom do children belong? Parental Rights, Civic Education and Children's Autonomy*, Cambridge University Press, 2016, p. 147.

³¹ Como trataremos más adelante, la nueva ley educativa, la LOMLOE, hace una referencia expresa al sistema educativo con el enfoque en los derechos de la Infancia y el interés del menor.

³² Aprobada por el Comité en su 62.º período de sesiones, del 14 de enero al 1 de febrero de 2013.

chos del Niño ha inspirado reformas legislativas para aclarar este concepto, como en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), reformada en 2015.

Concretamente, el artículo 2 de la LOPJM establece unos criterios generales para determinar el interés superior del menor, entre los que destacan: «a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción *de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas* como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares [...] d) La *preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones*, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad».

Es evidente, que el criterio para determinar el interés del menor no debe ser la escolaridad obligatoria, al no ser que se considere este el único vehículo posible que garantice el derecho a la educación³³, el cual, como hemos observado tiene un contenido mucho más amplio. Otro peso importante en la balanza que determina el interés del menor es la importancia de la familia y las relaciones familiares y la preservación de la identidad, cultura y convicciones, lo cual supone un elemento importante en la educación del niño.

3.3 Resoluciones judiciales: especial referencia a la STC y la Sentencia del TEDH

La educación en casa no es una temática abundante en resoluciones judiciales. Ciertamente, son pocas las sentencias en esta materia tanto de los tribunales españoles como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante, la educación en general sí es un eje temático con bastante protagonismo en la jurisprudencia española y del Tribunal de Estrasburgo, en la que se cuestiona desde contenidos curriculares (p. ej., educación sexual), el uso de simbología religiosa (velo en las escuelas), la enseñanza religiosa y, en menor medida, los

³³ Se pone nuevamente de manifiesto la confusión entre escolaridad y educación.

asuntos relativos a *homeschooling*³⁴. Estos casos, además, se fundamentan en el derecho de libertad religiosa, así como el derecho a la intimidad personal y familiar.

Respecto de la educación en casa, en los últimos años no ha habido novedades respecto de la tendencia interpretativa de este fenómeno y las escasas resoluciones han sido comentadas por la doctrina³⁵.

3.3.1 Resoluciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. La primera de ellas tuvo lugar el 1994, en el caso denominado Niños de Dios, asunto complejo con implicaciones penales, y que debido a las circunstancias en el que se produjo la ausencia de escolarización, no resulta de gran interés. Recordemos que el contexto venía determinado porque los padres pertenecían un nuevo movimiento religioso donde la falta de escolaridad de los niños podría catalogarse como una actuación negligente y contraria a los derechos del menor (situación de desamparo), puesto que también se les impedía tener contacto exterior. Lo que destaca de esta sentencia es precisamente el desconcierto que supone su falta de claridad. Por un lado, no se permite asumir la tutela de los menores a la Administración, pero se le insta a intervenir para asegurar la escolarización de los niños. Contundente y crítico se muestra en su voto particular el magistrado Giménez Sendra al afirmar que los titulares del derecho a la educación son los menores y el garante de que se cumpla es el Estado, considerando que, en este supuesto, los padres han incumplido la legalidad al no escolarizar a sus hijos. Evidentemente, esta postura deja escaso margen para amparar la educación en casa en todos los supuestos, ya que siempre se considerará una vulneración del artículo 27.1 CE.

³⁴ NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid, 2011, pp. 216 ss.

³⁵ MARTÍ SÁNCHEZ, J. M. «Análisis de la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional, sobre educación en familia, desde la perspectiva del artículo 10.2 de la Constitución» en Irene María Briones Martínez (coord.), *Educación en familia: Ampliando derechos educativos y de conciencia*, 2014, pp. 229-248. Del mismo autor, «Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVI, 2020, pp. 639, 669 y 689. CABO GONZÁLEZ, C. *El fenómeno del homeschooling*, *op. cit.* pp. 147-175; FUENTES BAJO, G., «Educar en casa...», *op. cit.*, pp. 915-923; VALERO ESTARELLAS, M. J., «*Homeschooling* en España. Una reflexión...», *op. cit.*; ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., La educación en casa o *homeschooling* en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Foro, Nueva época*, vol. 15, núm. 2 (2012), pp. 185-212, disponible en http://dx.doi.org/10.5209/rev_FORO.2012.v15.n2.41491; VALERO HEREDIA, A., «Ideario educativo constitucional y *homeschooling*: a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril, 2012, pp. 411-442.

Tuvieron que transcurrir dieciséis años para que el TC resolviera un caso de *homeschooling* en España. La STC 133/2010, de 2 de diciembre, es más relevante no solo por el caso en sí sino porque conecta de lleno con la doctrina jurisprudencial del TEDH. Su génesis tiene lugar en sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga. Esta sentencia constituye un punto de inflexión en el tratamiento del *homeschooling* puesto que rompe con la línea interpretativa de los tribunales en relación con que el derecho a la educación incluya la obligatoriedad de la escolaridad pasando a tomar como referencia la interpretación que de ello hace Gimeno Sendra en el voto particular de la STC de 3 de octubre de 1994, en el caso «Niños de Dios»³⁶.

El TC desestimó la demanda de los padres que habían optado por educar en casa a sus hijos debido al rechazo total al sistema educativo, no tanto por motivos religiosos como por razones pedagógicas. Considera el Tribunal que la motivación pedagógica no está incluida en el artículo 27.3 CE, sino que debe interpretarse no como un motivo general sino en relación con las convicciones religiosas o filosóficas³⁷. Además, el TC rechaza el amparo alegando que, aun en el supuesto de poder encajar la motivación de los padres en el artículo 27.3 CE, tampoco sería viable puesto que operaría un límite que «resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio artículo 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido»³⁸. Remarca el TC que la forma de garantizar un derecho a la educación a los hijos es procurando su escolaridad. Es en este punto donde aparece que confusión entre la escolaridad obligatoria, la enseñanza básica y el derecho a la educación, estableciendo el Tribunal el sistema establecido de enseñanza como el más adecuado, y como afirma Valero Estarellas: «[e]l Tribunal hace recaer sobre los padres que optan por la educación en casa la nada velada sospecha de que la enseñanza que recibirán sus hijos será deficitaria en cuanto a inculcación de principios democráticos de convivencia y derechos y libertades fundamentales, lo cual resultará en un perjuicio para el desarrollo de la personalidad individual del menor»³⁹.

Por otra parte, llama la atención como el Tribunal relega el ejercicio de los derechos educativos paternos fuera del horario escolar y establece respecto de la enseñanza básica, que la libertad de enseñanza de los padres encuentra su

³⁶ VALERO ESTARELLAS, M. J., «*Homeschooling* en España. Una reflexión...», *op. cit.*, pp. 24-25.

³⁷ STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ. 5.º y 6.º

³⁸ *Ibid.*, F. J. 7.º

³⁹ VALERO ESTARELLAS, «*Homeschooling* en España. Una reflexión...», *op. cit.*, p. 29.

cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes⁴⁰.

3.3.2 Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El pronunciamiento más reciente es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Wunderlich c. Alemania, de 10 de enero de 2019. Se planteó al Tribunal la retirada temporal durante tres semanas de la patria potestad de los cuatro hijos de los demandantes siendo acogidos en un centro de la administración por la negativa de los padres a escolarizarlos en un centro educativo. El planteamiento de los servicios sociales alemanes consistía en que se estaba produciendo una vulneración de los derechos de los niños privándoles de la escolaridad obligatoria y sometiéndoles a un aislamiento en detrimento de su desarrollo e integración social, por lo que la intervención de la autoridad pública se justificaba para proteger los derechos de los menores y velar por su interés superior. Medidas que se consideraban proporcionadas y justificadas.

Sin embargo, los padres alegaron que con la retirada de la patria potestad se había producido una violación del artículo 8 del Convenio relativo al derecho a la vida privada y familiar y sobre ello fundamentaron toda su demanda. Llama la atención que el Tribunal haga una escasa referencia a los derechos educativos del artículo 2 del Protocolo I y lo despache refiriéndose a resoluciones anteriores que precisan el alcance de esta disposición. No obstante, reconoce que el motivo subyacente del caso es la prohibición en Alemania de escolarización en casa. Prohibición que el tribunal considera compatible con el artículo 2 del Protocolo I del Convenio, remitiendo a las resoluciones anteriores sobre casos de *homeschooling* por el propio tribunal. Los casos Leuffen (19929 y Konrad (2006), también suscitados en Alemania, fueron resueltos en sendas decisiones de inadmisibilidad, el primero por la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos y el segundo por el TEDH.

En Leuffen c. Alemania⁴¹, se planteaba el caso de una madre católica que tomó la decisión de no escolarizar a su hijo y asumir ella misma la educación por tener la convicción de que Dios le había conferido en exclusiva esa responsabilidad. Entiende la Comisión que el derecho de los padres establecido en el artículo 2 del Protocolo I debía de supeditarse al respeto de los derechos del menor a ser educado y que es el Estado el que debe procurar su garantía y pro-

⁴⁰ STC 133/201, de 2 de diciembre, FJ 5.º.

⁴¹ Dec. Adm. núm. 19844/92, de la Comisión de 9 de julio de 1992.

tección. En este sentido, las autoridades públicas tienen competencias para regular en sistema educativo y establecer una instrucción obligatoria que haga cumplir el derecho de los niños a la educación.

El caso Konrad y otros c. Alemania⁴², fue resuelto por el TEDH continuando con la tesis apuntada en la decisión de la Comisión en el caso Leuffen. El *homeschooling* también se basó en las fuertes motivaciones religiosas de un grupo de padres pertenecientes a una congregación cristiana. En esta ocasión, el tribunal añadió dos argumentos nuevos para reforzar la inadmisibilidad. El primero se centró en la aplicación del interés superior del niño al entender que los menores necesitan no solo recibir una instrucción (aunque sea efectivamente realizada en el hogar), sino que es preciso para su desarrollo mantener unas relaciones sociales, incluyendo el grupo de iguales, que permita su integración en la sociedad.

Como bien apunta Valero Estarellas⁴³ y como hemos sostenido al tratar sobre las precisiones terminológicas, tanto la Comisión como el TEDH parece confundir la enseñanza obligatoria con el derecho a la educación de los niños. Efectivamente, el que los padres cuestionen el sistema de enseñanza obligatoria no significa que incumplan el deber de educar a sus hijos, simplemente que lo hacen de otra forma. Efectivamente, la interpretación de las decisiones europeas es la que también hemos constatado en España en la STC 133/2010, de 2 de diciembre.

Volviendo al caso Wunderlich, esta sentencia no aporta nada nuevo a la línea mantenida por las decisiones anteriores, sino que las reafirma. Respecto del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 8 del Convenio, el Tribunal avala la actuación de las autoridades alemanas siempre que las medidas adoptadas sean relevantes y suficientemente justificadas. El punto clave estriba en conseguir el justo equilibrio entre el interés del menor y el derecho de los padres. Considera que es del interés del menor garantizar su derecho a ser educado y a mantener contacto con personas distintas de su familia, en particular con niños de su edad, que procuren su integración y el desarrollo de habilidades sociales como la tolerancia o asertividad⁴⁴. Es precisamente la valoración de este aspecto junto con la prohibición del *homeschooling* y la obligación de escolarizar a los hijos sobre lo que se asienta la decisión del Tribunal.

Sobre la función socializadora de la escuela, más allá de su papel como transmisora de conocimientos, también se refiere el Tribunal en la sentencia de 10 de enero de 2017, en el caso Osmanoglu y Kocabaş c. Suiza. Lo plantea-

⁴² Dec. Adm. núm. 35504/03, de 11 de septiembre de 2006.

⁴³ VALERO ESTARELLAS, M. J., «Homeschooling o educación en casa...», *op. cit.* pp. 698-700.

⁴⁴ Párrafo 49, Sentencia TEDH Wunderlich c. Alemania, de 10 de enero de 2019.

do por este caso se circunscribe a un supuesto de objeción de conciencia en el ámbito educativo. Las partes recurrentes solicitaban la exención de las clases de natación de sus hijas por motivos religiosos. La respuesta del Tribunal fue declinar tal pretensión, entre otros motivos por considerar que las clases de natación incluidas en el currículo tienen especial importancia en el desarrollo y la salud de los niños, por lo que atiende al interés del menor incluirlas por este motivo, así como por favorecer la participación y la relación con sus iguales ⁴⁵.

Junto a ello, una argumentación importante que manifiesta el tribunal es que no entra a valorar la configuración del sistema educativo de los distintos países. En este sentido, reconoce que el fenómeno del *homeschooling* tiene cabida en otros ordenamientos jurídicos y no se plantean tales conflictos, pero también existen aquellos, como el caso alemán, en los que su normativa no lo regula o, directamente, se prohíbe. Estas distintas realidades posiciona al tribunal en un plano secundario, ya que las actuaciones de los Estados están comprendidas en el margen de apreciación para establecer e interpretar las normas de sus sistemas educativos⁴⁶.

Por último, el tribunal examinó si las medidas adoptadas eran proporcionadas para evitar el perjuicio que se trataba de evitar. Es decir, si la retirada temporal de la patria potestad y enviar a los menores a un centro de acogida fue la decisión más adecuada y proporcionada para proteger el interés y los derechos de los menores. Se justifica la medida atendiendo al comportamiento previo de los demandantes desoyendo los requerimientos y rechazando las multas administrativas que conminaban a escolarizar a los hijos. Además, la administración era consciente de la gravedad de una medida que retiraba la patria potestad, y señala que los niños fueron devueltos a sus padres después de que se hubiera realizado la evaluación de aprendizaje y los padres hubieran acordado

⁴⁵ «97. Il en découle que, même si l'argument des requérants selon lequel seul un petit nombre de parents demande une dispense des cours de natation obligatoires en raison de leur appartenance à la religion musulmane est le reflet de la réalité, la Cour estime que *l'intérêt des enfants à bénéficier d'une scolarisation complète permettant une intégration sociale réussie* selon les mœurs et coutumes locales prime sur le souhait des parents de voir leurs filles exemptées des cours de natation mixtes. 98. Pour la même raison, l'argument des requérants selon lequel les cours de natation ne figurent pas au programme de toutes les écoles de Suisse, ni même à celui de toutes les écoles du canton de Bâle-Ville, doit également être écarté. La Cour estime certes que l'enseignement du sport, dont la natation fait partie intégrante dans l'école suivie par les filles des requérants, revêt une *importance singulière pour le développement et la santé des enfants*. Cela étant, *l'intérêt de cet enseignement ne se limite pas pour les enfants à apprendre à nager et à exercer une activité physique, mais il réside surtout dans le fait de pratiquer cette activité en commun avec tous les autres élèves*, en dehors de toute exception tirée de l'origine des enfants ou des convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents». Sentencia TEDH Osmanoglu y Kocabaş c. Suiza, 10 de enero de 2017. (La cursiva es nuestra).

⁴⁶ Párrafo 50, Sentencia TEDH Wunderlich c. Alemania, de 10 de enero de 2019.

La oportunidad que se brindaba al Tribunal de reconocer los derechos educativos de los padres y considerar a éstos como los principales agentes para velar por el interés de los menores, no solo fue desaprovechada, sino que refuerza la interpretación restrictiva del artículo 8, sin ni siquiera argumentar sobre la base del artículo 2 del Protocolo I del Convenio. En este sentido, se consolida la línea interpretativa ya establecida en el caso *Kjeldsen, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976⁵⁰, relativa a que el derecho de los padres a educar a los hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas viene a ser un límite al adoctrinamiento que pudiera realizarse en la escuela a través de los contenidos educativos y la forma de transmitirlos. Y que el derecho a educar a sus hijos debe contemplarse dentro de los parámetros del sistema educativo regulado por el Estado.

En conclusión, es destacable como el Tribunal pone el acento en la necesidad de establecer relaciones sociales, sobre todo con otros niños, y su integración sobre la base del reconocimiento y fomento del pluralismo para a su vez, no reconocer la «pluralidad» educativa, no asumir que puede coexistir la escolaridad obligatoria con otras formas de llevar a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje y, en definitiva, la educación de los hijos.

3.4 La reforma del sistema educativo: el *flexischooling*

Bajo el expresivo título de «La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el *homeschool*)»⁵¹, Goiria Montoya ya planteaba la posibilidad de regular este sistema presente en otros países, como Reino Unido, y que podría ser una solución intermedia al ampliar las opciones educativas de los padres y garantizar los derechos de los menores a recibir una enseñanza mínima garantizada por el Estado.

Como se ha constatado en las resoluciones tanto del Tribunal Constitucional español como en el Tribunal de Estrasburgo, el rechazo al *homeschooling* es una cuestión de los Estados que tienen un amplio margen de apreciación para decidir si lo incorporan o no en el sistema educativo, siendo deseable una regulación que garantice un seguimiento de que los menores efectivamente están

⁵⁰ Un comentario a esta sentencia puede consultarse en MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo», en María Domingo (ed.), *Educación y Religión. Una perspectiva de derecho comparado*, Comares, 2008, pp. 180-182.

⁵¹ GOIRIA MONTOYA, M., «La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el *homeschool*)», *Estudios sobre educación*, vol. 22, 2012, pp. 37-54.

siendo educados y reciben una enseñanza mínima⁵². Ciertamente, hay opciones de los padres que tampoco estarán de acuerdo con este sistema, como por ejemplo el denominado *unschooling* que lleva al extremo la no intervención de ningún agente educativo salvo el propio sujeto, es decir el niño. Esto es lo que se considera como aprendizaje natural o autónomo. El niño no es «instruido» y es él el que «decide» su aprendizaje al mostrar interés por algo o cuando necesita ese conocimiento para su desenvolvimiento.

Lo más parecido que actualmente puede encajar en un sistema de flexibilización escolar, es en lo que respecta a la asistencia al centro educativo. Efectivamente, existen motivos justificados y contemplados por la legislación tales como los niños enfermos que precisan de ingresos hospitalarios y convalecencias en sus hogares, así como los hijos de familias itinerantes o que residan en el extranjero o menores deportistas de élite o artistas. Uno de los mecanismos previstos es a través del Centro Integrado de Enseñanzas Regladas a Distancia (CIDEAD)⁵³ dependiente del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

Igualmente, en la normativa autonómica hay ciertas referencias, aunque no del todo categóricas, a poder recibir enseñanza no presencial. Se trata de la Ley catalana de Educación de 2009⁵⁴ y el Decreto específico de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 2011, sobre la valoración de las situaciones de riesgo en los servicios sociales municipales y territoriales de atención y protección a la infancia y adolescencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco⁵⁵. En las tipologías de desprotección, se encuentra regulada la negligencia hacia necesidades formativas calificada como grave la no inscripción en algún centro educativo a los niños en edad de escolaridad obligatoria (entre 6 y 16 años), aunque

⁵² Cabe destacar una postura regresiva del Gobierno francés con la que pretenden nuevas medidas que conllevarán la supresión de la educación en casa, estando limitada estrictamente a motivos de salud. Se vislumbra una motivación subyacente en la prevención del radicalismo de los niños en el ámbito familiar que pudieran dar como resultado actos delictivos. Pero consecuentemente trae consigo la vulneración de los derechos educativos de padres con otras convicciones. La noticia puede consultarse en <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/10/02/la-republique-en-actes-discours-du-president-de-la-republique-sur-le-theme-de-la-lutte-contre-les-separatismes>.

⁵³ Puede consultarse su página web en la que detalla su objeto y funcionamiento: <https://www.educacionyfp.gob.es/mc/cidead/centro-integrado/nuestro-centro.html>.

⁵⁴ Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, «Artículo 55. Educación no presencial. 1. El Gobierno, para facilitar el derecho universal a la educación, debe desarrollar una oferta adecuada de educación no presencial. 2. Se pueden impartir en la modalidad de educación no presencial las enseñanzas postobligatorias, [...] También pueden impartirse en dicha modalidad, excepcionalmente, enseñanzas obligatorias y las demás enseñanzas que, en determinadas circunstancias, establezca el Departamento. 7. El Departamento debe crear y regular un registro en el que consten los datos de los alumnos que se acogen a la modalidad de educación no presencial en enseñanzas de educación básica. (La cursiva en el texto es nuestra).

⁵⁵ El texto del Decreto está disponible en https://www.legegunea.euskadi.eus/x59-preview/es/contenidos/decreto/bopv201105937/es_def/index.shtml.

matiza, ciertamente sin referirse expresamente al *homeschooling*, que si el padre y la madre o las personas que ejercen la tutela o guarda desean proporcionar un programa educativo adecuado e individualizado al niño, niña o adolescente, solicitan la homologación a la entidad correspondiente recibiendo respuesta negativa por no contemplarse tal posibilidad en ningún caso, y no hay otros indicadores de desprotección, se procederá al cierre de expediente. En estas circunstancias, este tipo de situaciones no serán consideradas desprotección.

Como hemos comprobado y también refleja la STC 133/2010, la regulación constitucional del derecho a la educación no prohíbe la previsión o el reconocimiento de otras alternativas como la opción de los padres para educar a sus hijos en casa, sino que se debe garantizar una enseñanza básica y obligatoria.

Es aquí donde podría tener cabida el sistema de flexibilización educativa. El papel del Estado es fundamental en el sentido de garantizar estos mínimos educativos y velar por que se cumplen los derechos e intereses de los menores de edad. La acción del Estado no es tanto dar la imagen de un monopolio educativo sino facilitar el ejercicio de derechos y deberes paterno-filiales, entre los que se encuentra el de educar a sus hijos conforme a sus convicciones en consonancia con los derechos del niño y el principio del interés del menor. Todo ello se consigue no criminalizando *a priori* la opción de los padres como si se tratasen de actos negligentes, sino valorar los procesos, procurando un seguimiento de la enseñanza, garantizando el respeto y el desarrollo de la personalidad de los niños que, en definitiva, es la finalidad de la educación.

Tal y como explica Goiria Montoya en su trabajo, la flexibilización educativa presenta importantes ventajas⁵⁶ que podemos resumir en las siguientes: i) implica beneficios para los alumnos que presentan necesidades educativas especiales y favorece la atención frente al fracaso escolar, a parte del mecanismo de la Adaptación Curricular Individualizada ya previsto. ii) Permite compartir más tiempo en familia y fortalecer los lazos familiares e implicar a los padres de una forma más intensa en la educación de los hijos, aunque para ello sea necesario unas políticas de conciliación en el ámbito laboral y la flexibilización de horarios y jornadas laborales. En este punto hay que destacar la influencia que ha tenido la pandemia por COVID-19 en la regulación laboral del trabajo en casa. iii) Facilita a las familias tener acceso a los recursos que pueden ofrecer los centros educativos, no solo materiales, sino también de participación en actividades que refuercen conocimientos y faciliten las relaciones sociales.

⁵⁶ GOIRIA MONTOYA, M., «La flexibilización educativa...», *op. cit.*, pp. 39-40.

También hay desventajas como la no adaptación al sistema por parte de los niños y/o los padres o la falta de colaboración que pudiese presentarse en los centros educativos.

La regulación de esta posibilidad parecía quedar abierta con la propuesta de reforma de la ley educativa en España, pero quedó en aguas de borrajas, ya que la nueva Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁵⁷ no contempla el fenómeno de *homeschooling* ni realiza modificaciones al sistema educativo en el sentido de procurar la flexibilización comentada.

4. LA LEY ORGÁNICA 3/2020, DE 29 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 2/2006, DE 3 MAYO, DE EDUCACIÓN (LOMLOE): OPORTUNIDAD PERDIDA PARA LA EDUCACIÓN EN CASA

El legislador no es ajeno a las nuevas realidades a las que tiene que dar respuesta en sistema educativo. En los párrafos iniciales del Preámbulo de la ley 3/2020, de 29 de diciembre, conocida como LOMLOE se refiere a que «los sistemas educativos han experimentado una gran evolución, hasta llegar a presentar en la actualidad unas características claramente diferentes de las que tenían en el momento de su creación. Y de ahí deriva tanto su carácter dinámico como la necesidad de continuar actualizándolos de manera permanente». Igualmente afirma que «[l]os años transcurridos desde la aprobación de la LOE aconsejan revisar algunas de sus medidas y acomodarlas a los retos actuales de la educación, que compartimos con los objetivos fijados por la Unión Europea y la UNESCO para la década 2020/2030».

Precisamente una de las novedades más significativas de la Ley para conseguir la adaptación del sistema educativo a las exigencias de los tiempos actuales es la consideración de distintos enfoques. Los dos más destacables⁵⁸ por lo que interesa en este trabajo son los siguientes. La LOMLOE determina como principio rector del sistema educativo el enfoque en los derechos de la Infancia, según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación y la obligación que tiene el Estado de asegu-

⁵⁷ Publicada en el *BOE* el 30 de diciembre de 2020, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-17264#au>.

⁵⁸ Se establecen otros enfoques como el de igualdad de género, el desarrollo sostenible, de acuerdo con lo establecido en la Agenda 2030 y el desarrollo de la competencia digital.

rar el cumplimiento efectivo de sus derechos. Además, se «plantea un enfoque transversal orientado a que todo el alumnado tenga garantías de éxito en la educación por medio de una dinámica de mejora continua de los centros educativos y una mayor personalización del aprendizaje»⁵⁹.

Estos y otros enfoques a los que se refiere el Preámbulo se trasladan en la nueva redacción del artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) en el que se modifican e incluyen nuevos apartados⁶⁰.

Respecto de la enseñanza básica la LOMLOE mantiene la redacción relativa a la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica y modifica la redacción incorporando en el artículo 4 de la LOE medidas de carácter organizativo y curricular que faciliten la continuidad en la formación de los alumnos que hayan superado los 16 años y aquellos que no hayan titulado. Además, se incorpora la educación inclusiva, como principio fundamental, «con el fin de atender a la diversidad de las necesidades de todo el alumnado, tanto del que tiene especiales dificultades de aprendizaje como del que tiene mayor capacidad y motivación para aprender. Cuando tal diversidad lo requiera, se adoptarán las medidas organizativas, metodológicas y curriculares pertinentes, según lo dispuesto en la presente ley, conforme a los principios del Diseño universal de aprendizaje, garantizando en todo caso los derechos de la infancia y facilitando el acceso a los apoyos que el alumnado requiera»⁶¹.

Finalmente, se incluye un apartado 4 al artículo 4 de la LOE en los siguientes términos: «La enseñanza básica persigue un doble objetivo de formación personal y de socialización, integrando de forma equilibrada todas las dimensiones. Debe procurar al alumnado los conocimientos y competencias indispensables para su desarrollo personal, para resolver situaciones y problemas de los distintos ámbitos de la vida, crear nuevas oportunidades de mejora, así como para desarrollar su socialización, lograr la continuidad de su itinerario formati-

⁵⁹ Preámbulo de la LOMLOE.

⁶⁰ Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Uno. Se modifica el apartado a), se añaden unos nuevos párrafos a bis) y r) y se modifican los apartados b), k) y l) del artículo 1 en los siguientes términos: «a) El cumplimiento efectivo de los derechos de la infancia según lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, y sus Protocolos facultativos, reconociendo el interés superior del menor, su derecho a la educación, a no ser discriminado y a participar en las decisiones que les afecten y la obligación del Estado de asegurar sus derechos. a bis) La calidad de la educación para todo el alumnado, sin que exista discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, origen racial, étnico o geográfico, discapacidad, edad, enfermedad, religión o creencias, orientación sexual o identidad sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social[...].»

⁶¹ Nueva redacción del artículo 4.3 LOE, por la LOMLOE.

vo e insertarse y participar activamente en la sociedad en la que vivirán y en el cuidado del entorno natural y del planeta».

Teniendo en cuenta que la nueva ley educativa no menciona expresamente el fenómeno de *homeschooling*, el tenor literal de la ley vuelve a dejar un margen interpretativo en el que los nuevos enfoques podrían dar cabida perfectamente al fenómeno de la educación en casa y procurar el sistema educativo flexible en el que todos los agentes educativos participaran de manera efectiva para el cumplimiento de los derechos del menor. No obstante, el hecho de no tomar en consideración esta posibilidad dejar entrever una intencionalidad por parte de la Administración de estimar el sistema educativo establecido como el único con garantías suficientes para dar efectividad al derecho a la educación y velar por los otros derechos y el interés de los menores.

5. LA INFLUENCIA DE LA PANDEMIA POR LA COVID-19 EN EL FENÓMENO DE *HOMESCHOOLING*: CAMPO DE PRUEBAS Y NUEVAS MOTIVACIONES

En los últimos meses el mundo está sufriendo el azote de una pandemia de tal envergadura que ha afectado a todos los ámbitos de nuestras vidas. La COVID-19 en su rápida expansión, ha traído como consecuencia una crisis sanitaria que ha puesto al borde del colapso al sistema, no solo sanitario, sino también económico y puesto a prueba a todos los gobiernos y entidades que se están encargando de gestionar y establecer las medidas para atajar esta situación. Efectivamente, el virus está afectando a todos los ámbitos de nuestras vidas y este efecto expansivo también lo observamos en el ámbito educativo.

Desde el establecimiento del confinamiento domiciliario en marzo de 2020 a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, la actividad escolar pasó a desarrollarse de forma telemática, sin presencialidad, en los domicilios de los alumnos. Esta forma «atípica» y forzosa de educación en casa ha constatado la dependencia del sistema educativo a la forma organizativa de la presencialidad. Ha sido evidente la necesidad de contar con unos medios tecnológicos apropiados y eficientes tanto por parte de la administración educativa, como de los centros docentes (plataformas virtuales, ordenadores) así como que los alumnos dispusieran de los recursos necesarios para hacer un seguimiento de las clases.

En este sentido, la pandemia ha dejado constancia de dos hechos, que con mayor o menor grado han sido evidentes en estos últimos meses: el primero, que

no todas las administraciones ni centros educativos disponen de una tecnología adecuada para llevar a cabo un proceso efectivo de enseñanza-aprendizaje *on line*, y el segundo, que no todos los alumnos tienen acceso a los recursos adecuados (ordenadores, redes, espacios adecuados para el estudio) en sus hogares, dando visibilidad a unas situaciones de desigualdad entre alumnos. Esta realidad también presenta paralelismos en el ámbito laboral, donde la actividad de empresas, administración, trabajadores autónomos fue forzosamente realizada desde el hogar, poniendo de manifiesto las carencias tecnológicas y organizativas.

Ciertamente, esta situación no puede considerarse como un verdadero *homeschooling* ya que no hubo opción y obligó a todos los alumnos a permanecer en casa y a cumplir con sus obligaciones académicas en la medida de sus posibilidades y recursos facilitados. No obstante, esto ha puesto en evidencia la necesidad de planteamientos alternativos a la enseñanza tradicional y presencial que garanticen el derecho a la educación, y no determinar que solo hay una forma posible de hacerlo, a través de la escolarización obligatoria.

Por ello y en clara conexión con el *flexischooling* o flexibilización educativa mencionada anteriormente, es necesario plantearse la regulación de esta posibilidad para dar respuesta rápida y con garantías a que la calidad del proceso educativo, en la que intervengan los padres, la administración pública y los propios alumnos, no dejando en un limbo jurídico circunstancias que favorecerían el ejercicio y la garantía de derechos fundamentales.

Podemos establecer la analogía con lo sucedido en el ámbito laboral. Con la pandemia se ha desarrollado la implantación del teletrabajo y el desempeño de la actividad laboral desde casa, tanto es así, que la «flexibilización» en este ámbito ha desembocado en una regulación específica a través del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia⁶². En línea con esto, ¿Por qué no plantearse regular la posibilidad del *flexischooling*?

Paralelamente, la COVID-19 ha venido a engrosar el catálogo de motivaciones de los padres por optar por la educación en casa de sus hijos. Fundamentalmente por el miedo al contagio y por la puesta en evidencia de la capacidad de la administración de garantizar una atención de calidad y con recursos suficientes al alumnado en estas circunstancias, así como una «desconexión» en el seguimiento escolar también por parte del propio alumno por falta de medios y desmotivación. Un factor coadyuvante en la decisión de los padres para optar por la educación en casa en tiempos de COVID-19 ha sido precisamente el hecho de pasar más tiempo en casa. Los confinamientos y la regulación y opción preferente por el teletrabajo y la flexibilidad horaria han tenido un efecto

⁶² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-11043>.

positivo en el fortalecimiento de las relaciones familiares, al disponer de más tiempo para dedicar a los hijos, lo que ha llevado a los padres a reflexionar sobre su papel como educadores.

6. SÍNTESIS CONCLUSIVA

El objetivo de este trabajo era revisar las novedades sobre el fenómeno de *homeschooling* en los últimos años en España, haciendo una aproximación legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

Observamos que no ha habido un número de trabajos significativos que traten particularmente la educación en casa. De la misma forma, el ámbito jurisprudencial tampoco ha sido prolífico y novedoso. La STC 133/2010, de 2 de diciembre conforma la última resolución hasta la fecha sobre la educación en casa en España que viene a confirmar la línea interpretativa que venía marcando sobre el derecho a la educación, la finalidad educativa, los derechos de los padres y la posición del Estado. Esta sentencia también recoge la doctrina mantenida por el TEDH, que hasta entonces estaba marcada por las decisiones en dos casos alemanes, Leuffen y Konrad de 2006.

Lo más significativo de la STC 133/2010 es que viene a confirmar que la Constitución no cierra un único sistema educativo, sino que deja abierta la posibilidad de otras fórmulas para dar cabida a otras opciones. No obstante, remarca que con el sistema actual, la práctica de *homeschooling* no está contemplado por la ley y, por tanto, los menores no pueden ser educados en casa. El motivo esgrimido va a basarse en que los derechos educativos paternos operan con el límite que supone el cumplimiento del mandato constitucional de recibir enseñanza básica obligatoria, la cual parece encomendarse casi en exclusiva al Estado, sin dar cabida a otras formas posible de recibirla que no sea a través de la escolaridad obligatoria. Se produce aquí una confusión en las nociones de los conceptos relativos a «educación», «enseñanza» y «escolarización», a pesar de las precisiones terminológicas hechas por la doctrina y por las resoluciones de tribunales como el de Estrasburgo en el caso Campbell y Cosans c. Reino Unido.

La tendencia a restringir la viabilidad de la educación en casa en el sistema educativo lejos de suavizarse se ha blindado si cabe aún más con la sentencia del TEDH en el caso Wunderlich de 2019. Esta sentencia no aporta nada nuevo a la línea mantenida por las decisiones anteriores, sino que las reafirma. Como elemento clave considera que es del interés del menor mantener contacto con personas distintas de su familia, en particular con niños de su edad, que procu-

ren su integración y el desarrollo de habilidades sociales como tolerancia o asertividad, en el marco de una sociedad plural, elementos esenciales en el proceso educativo. Algo que contrasta con el rechazo a reconocer la «pluralidad» educativa, es decir, no asumir que puede coexistir la escolaridad obligatoria con otras formas de llevar a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje como a través de *homeschooling* y, en definitiva, la educación de los hijos. El tribunal parece estar equiparando la educación en casa con la actitud negligente de no proporcionar educación a los hijos, determinándolo así por el hecho de no escolarizar en el sistema de enseñanza obligatorio. Evidentemente, no escolarizar no es sinónimo de no educar.

Partiendo de la base de que la Constitución española deja abierta la posibilidad de definir el sistema educativo con un desarrollo legislativo, no cabe descartar categóricamente la posibilidad de incluir como opción la educación en casa. De esta forma se daría cabida a otras formas de educar (pluralidad educativa) garantizando los derechos educativos de los padres y la de los hijos a ser educados. No nos parece adecuado calificar la educación en casa como una desatención o vulneración del derecho a la educación de los hijos. Simplemente se hace de otro modo. Sin embargo, no se puede obviar las suspicacias o dudas que puedan existir sobre los contenidos o metodologías utilizadas por los padres para garantizar la adquisición de conocimientos y competencias básicas, que acrediten el nivel establecido por las leyes. Una solución a medio camino que podría satisfacer las distintas posiciones y supondría un mecanismo de garantía en la calidad de la enseñanza, sería un sistema de flexibilización educativa o *flexischooling*, en el que compatibilizar o conjugar la educación en casa con la escolaridad en un centro educativo.

Las ventajas y también la necesidad de un sistema educativo flexible vienen a dar respuesta a una realidad existente de *homeschooling*, que está resurgiendo y cobrando fuerza en la actualidad debido al azote de la pandemia provocada por la COVID-19. La alerta sanitaria mundial ha obligado a la comunidad educativa a realizar su actividad a través de medios tecnológicos y evitar la presencialidad. También en el ámbito laboral, dando lugar a normativas específicas que regulan el trabajo en casa, favoreciendo la presencia de los padres más tiempo en casa y, por tanto, con más disponibilidad para los hijos. Esto junto con el miedo al contagio, ha sido motivo suficiente para que muchos padres se planteen seriamente la educación en casa.

Se trata, por tanto, de una decisión política que, al igual que se ha hecho flexibilizando la presencialidad en el puesto de trabajo, regulando la actividad laboral desde casa, modificando la ley educativa podría mostrarse respetuosa con el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones

y garantizar los derechos del menor. Esta oportunidad se presentó hace meses cuando el gobierno presentó su proyecto de ley de reforma educativa. Si bien, una vez aprobada y publicada en el *BOE* constatamos que fue oportunidad perdida. La nueva ley (LOMLOE) lejos de contemplar esta posibilidad parece reafirmar la posición garantista y de «monopolio» educativo bajo el paraguas de la mención novedosa en la norma al enfoque basado en los derechos de la infancia. Algo, por otra parte, loable pero que deja entrever una forma de erigirse en el único garante y protector de los derechos e intereses del menor en el ámbito educativo.

En conclusión, la regulación legal del *homeschooling* en nuestro país es una determinación que compete al Estado en cuyas manos, y bajo el amparo constitucional, está el reordenar el sistema educativo garantizando el derecho a la educación, el interés del menor y siendo respetuoso con la libertad de enseñanza y con el derecho fundamental de los padres a elegir la educación de sus hijos.