

UNA REFLEXIÓN SOBRE LA OBLIGACIÓN ESCOLAR, EL HOMESCHOOL Y EL ABSENTISMO ESCOLAR

Madalen Goiria

Profesora titular doctora de Derecho Civil en la EHU-UPV

RESUMEN

La obligatoriedad de asistencia de los menores al sistema escolar reglado, de manera presencial se encuentra con la oposición de algunos padres que objetan la presencia de los menores a su cargo en el sistema escolar con la finalidad de que sean así educados. La objeción a la obligatoriedad escolar no está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y por ello se considera una desobediencia civil que incurre en conductas calificadas como ilícitas. Se analiza en el artículo esa objeción a la escolarización que no significa abandono de la obligación que los padres asumen al educar en casa con sus propios medios.

Las Administraciones públicas municipales son las encargadas del control del absentismo escolar en la zona de su competencia¹, ya que la Ley de bases del Régimen Local atribuye a los entes locales la competencia de “participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria”. La corporación local se valdrá de las Concejalías de Bienestar Social o Servicios Sociales y la de Educación, en la intervención socio-educativa desde una visión más comunitaria e integral. Además contará para ello con la potestad sancionadora que esta misma ley otorga al Municipio². La sanción que será utilizada como último remedio, cuando los recursos educativos y sociales resultan insuficientes. Además el Real Decreto que establece la cooperación de las Corporaciones locales con el MEC, reitera este compromiso de los entes locales en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria³.

¹ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local en su artículo 25.2 n).

² Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local en su artículo 4.1.f.

³ Real Decreto 2274/1993 de 2 de diciembre de cooperación de Corporaciones Locales con el MEC.

Art. 10. Escolaridad obligatoria. Los municipios cooperaran con el Ministerio de Educación y Ciencia en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria, para garantizar el derecho a la educación de todo el alumnado de su ámbito territorial.

Art. 11. Actuaciones. La función a que se refiere el artículo anterior se podrá llevar a cabo mediante el ejercicio de las siguientes actuaciones:

- a) proporcionar al ministerio de educación y ciencia la información precisa sobre población en edad escolar.
- B) poner en conocimiento del ministerio de educación y ciencia las deficiencias detectadas en la escolarización.
- D) contribuir a través de los servicios municipales a hacer efectiva la asistencia del alumnado al centro escolar.

Esta obligatoriedad de asistencia de los menores al sistema escolar reglado, de manera presencial, es la que se encuentra con la oposición de algunos padres que objetan la presencia de los menores a su cargo en el sistema escolar con la finalidad de que sean así educados. La objeción a la obligatoriedad escolar no está reconocida en nuestro ordenamiento jurídico y por ello se considera una desobediencia civil que incurre en conductas calificadas como ilícitas. Esa objeción a la escolarización que no significa abandono de la obligación que los padres asumen al educar en casa con sus propios medios, es la que pasaremos a analizar.

Una de las funciones que debe cumplir la Escuela tanto privada como pública es la formación integral de los menores en edad escolar, ya que la educación es uno de los elementos que contribuyen al libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental que proclama la Constitución en su artículo 10.1. A pesar de ello, pocas veces se esgrime en sede judicial este principio para oponerse a aquellos supuestos en los que se vulnera su eficacia, aunque en el futuro “la jurisprudencia deberá referirse con más profusión a esta cláusula que será muy útil a la hora de la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, tal y como sucede en otros países”⁴. La Escuela debe aportar su gran potencial para ayudar a formar ciudadanos responsables, y eso es de interés para la sociedad en su conjunto⁵.

En el ordenamiento jurídico actual, tomando como referencia la práctica de las autoridades administrativas que gestionan los Servicios Sociales y la Inspección de Educación, se observa la equiparación entre la desescolarización por motivo de objeción ideológica o pedagógica con el absentismo escolar y desescolarización que tienen su origen en situaciones de marginación social y que nadie niega, es un gran problema de pérdida de oportunidades para los menores que la sufren. Sin embargo, son situaciones bien distintas que merecen una diferente regulación. A falta de normativa específica para aquélla, le es de aplicación la normativa que corresponde a esta última con consecuencias graves para las familias afectadas.

Lo habitual es la aplicación de un protocolo que sigue una vía distinta según la Comunidad Autónoma de residencia de la familia que es objeto de intervención. Obviando estas diferencias, en un esquema general, podríamos describir en estos pasos la intervención por absentismo escolar o desescolarización, como forma agravada de aquél.

⁴ EMBID IRUJO, Antonio, “Los principios de la jurisprudencia ordinaria sobre la enseñanza tras la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la L.O.D.E.”, *Revista de Administración Pública*, núm. 116, mayo-agosto, 1988, cit. p.128.

⁵ Sean CILB, “¿Deberían los padres que educan en casa a sus hijos tener acceso a los programas extracurriculares de la Escuela Pública?”, *Homeschooling, Current Controversies*, Gale, Cengage Learning, 2009.

La razón que subyace en esta obligatoriedad de que todos contribuyan con sus impuestos al sostenimiento de esta carga para el Estado, es que este servicio redunde en beneficio de la sociedad en su conjunto. El hecho de que la siguiente generación de adultos, ahora jóvenes estudiantes que acuden al sistema escolar estén bien educados y socializados es de interés general. Al fin y al cabo son quienes gobernarán en poco tiempo. Por ello, el servicio de educación pública va más allá del beneficio individual de cada persona y sus familias.

Habrá que distinguir si el menor ha sido alguna vez escolarizado, y en un momento determinado sus padres deciden que no participe ya en el sistema escolar, o si, por el contrario, nunca ha sido escolarizado. En el primer caso, es el centro escolar el que activa el protocolo, con la comunicación de la retirada del menor del centro escolar sin haber causado baja previa con la entrada en el registro del alta del menor en otro centro escolar. Esta comunicación se dirige al órgano que gestiona la Inspección de educación en cada Comunidad Autónoma. En el segundo caso, cabría pensar en una denuncia que igualmente ponga en marcha el protocolo de absentismo escolar.

La investigación conlleva la intervención de los servicios sociales, encargados de la sustanciación de la investigación, visitando o citando a los padres para que informen sobre la situación de escolarización de los menores a su cargo, a la vez que se les pone en conocimiento de su obligación de escolarizar, advirtiéndoles de las consecuencias que pudieran derivarse si no proceden a hacerlo. Los servicios sociales pueden archivar el caso si comprueban que no es un caso de absentismo o desescolarización; de lo contrario, enviarán el expediente con su informe correspondiente a la Fiscalía de Menores. En esta instancia, y tras haber citado a los padres y también a los menores, en su caso, puede a su vez proceder al archivo del expediente o por el contrario, calificar la conducta como constitutiva de un delito del artículo 226 del Código penal como consecuencia de las Diligencias de investigación, previas o provisionales, para que sean diligenciadas en el Juzgado de primera Instancia, o Instrucción bien sea por vía penal o civil.

Según la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1563/1998, de 15 de diciembre de 1998, el delito de abandono de familia «comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia --dada su naturaleza de tipo penal en blanco-- la constituyen los artículos del Código Civil reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad de cuyo núcleo central irradian con especial intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo»⁶.

La intervención concreta de la Administración de Justicia corresponderá a los Juzgados de Instrucción cuando se estime que estamos ante una posible vulneración del derecho fundamental del menor a la educación por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, mientras que será de los Juzgados de Primera Instancia cuando se estime que se están vulnerando alguno de los preceptos que contemplan las normas de protección de los derechos de los menores. En ambos supuestos, la Fiscalía de Menores va a asumir un papel fundamental para la persecución de oficio, o a través de denuncia, de los casos de absentismo en que concurren los elementos necesarios para que sea precisa la tutela judicial del menor afectado⁷.

La equiparación con el absentismo escolar

Las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia educativa, han desarrollado de modo diverso la normativa relativa a los protocolos que se han de aplicar a las situaciones de desescolarización y absentismo escolar. Las respuestas legislativas autonómicas, municipales y locales son tan diversas como los dos ejemplos que expongo a continuación, y que representan los dos extremos del espectro normativo. De una parte, la

⁶ Sentencias Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3ª, de 30 Jun. 2000 y 25 Mayo, 2000. A la hora de conceptuar qué sea absentismo escolar a estos efectos nos encontramos con un precepto penal en blanco.

⁷ Sylvia GARCÍA HERNANDEZ, "La necesaria regulación del absentismo escolar", *La Toga*, núm. 177, enero-marzo 2010.

Circular de la Junta de Andalucía⁸, que equipara la desescolarización voluntaria, entendida como *homeschooling*, con el absentismo escolar y en el otro extremo, el protocolo de Absentismo de Barcelona que los diferencia con nitidez y de un modo expreso.

Las perspectivas de normalización para las familias que educan sin recurrir al sistema escolar pasan por que su opción de no escolarizar se entienda como una decisión valorada, pensada y tomada en interés del menor; en ningún caso como un supuesto de absentismo escolar, que es lo que hizo saltar todas las alarmas en el colectivo de familias que educan en casa en Andalucía, y por extensión en todo el territorio español en base a una Circular para la actuación de la Administración ante supuestos de desescolarización consciente y sobrevenida, equiparándolos al absentismo⁹.

La Junta de Andalucía resuelve a través de la Circular un asunto complejo con argumentos que aparentemente resultan irrefutables, pero que analizados con más detalle desvelan contradicciones y carencias, que a la postre derivan en una vulneración de los principios de equidad y justicia distributiva al tratar de modo idéntico situaciones distintas, por no decir dispares como lo son el desamparo y dejación de los deberes de la patria potestad hacia los menores, con la educación en casa que implica, casi de modo opuesto, la asunción por los padres de la plena responsabilidad de educar a sus hijos e hijas, mostrando un celo en la crianza de los hijos superior al que es habitual en otras familias. El texto presenta omisiones, imprecisiones y contradicciones.

Esto expuesto, hemos de observar que la Circular andaluza ignora un número considerable de elementos de interés en la valoración del supuesto de hecho, que la Administración podría haber tenido en cuenta a la hora de tomar una decisión sobre la situación. No recoge el apartado 3 del artículo 27 de la Constitución que consagra un derecho de elección de los padres sobre la educación moral y religiosa de sus hijos, y ni siquiera menciona la Sentencia del Tribunal Supremo que aconseja dejar fuera de la vía penal este tipo de objeción a la escolarización¹⁰. Tampoco se hace eco de las recomendaciones del Defensor del Pueblo Andaluz¹¹ en su informe Anual de 2005 al Parlamento Andaluz, y que reconoce que el tema aún no ha sido resuelto en sede judicial.

⁸ La Circular de la Junta de Andalucía de 20 de julio de 2009, sobre el procedimiento a seguir en los casos de educación en casa se sitúa en otro extremo del orden jurídico.

Puede accederse al texto completo de la Circular en esta dirección <<http://www.redescepalcala.org/inspector/LEGISLACION/EDUCACION%20EN%20CASA/CIRCULAR%20EDUCACION%20EN%20CASA.pdf>>

⁹ Exactamente la amenaza que se materializó el 20 de julio de 2009 con ocasión de la publicación de la Circular de la Dirección General de participación e innovación educativa del a junta de Andalucía sobre el procedimiento a seguir en los casos de educación en casa

¹⁰ STS (Sala de lo penal) 1669/1994, de 30 de octubre: “*El derecho fundamental a la educación compromete a los poderes públicos en la tarea de colaborar y ayudar a su efectiva realización pero no se interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores*”.

¹¹ El defensor del Pueblo andaluz José Chamizo de la Rubia, nacido en Los Barrios (Cádiz) en 1949, es sacerdote y Licenciado en Historia de la Iglesia, por la Universidad Gregoriana de Roma, en Historia Contemporánea, por la Universidad de Granada, y tiene la diplomatura en Biblioteconomía por la Ciudad del Vaticano.

En lo que respecta a las contradicciones, la más evidente viene de manos del propio contexto internacional. Si es cierto, como afirma la Circular, que solo el ámbito escolar puede proporcionar a los menores las habilidades, destrezas y capacidades que necesitarán a lo largo de la vida¹². ¿Cómo es posible que países del entorno socio-económico del Reino de España, reconozcan esta opción como válida para dotar a los menores de esas mismas capacidades, habilidades y destrezas? Y, a mayor abundamiento, el propio Estado Español reconoce en su ordenamiento interno una forma de educación no presencial, para casos excepcionales, institución gestionada por la propia Administración con fondos públicos, el CIDEAD¹³, a través del que menores en edad escolar pueden adquirir las citadas habilidades capacidades y destrezas fuera del sistema escolar presencial, y así lo certifica el propio centro.

La mayor contradicción del texto reside precisamente en la equiparación entre las situaciones de desamparo con la opción de educar en casa. Es precisamente esta identificación la que plantea la mayor dificultad hermenéutica al sistema judicial, y la que conduce en la mayoría de los casos que llegan a los tribunales al archivo de las actuaciones.

A pesar de que a la modalidad educativa extraescolar se la denomine educación en casa, *homeschool*, *home education*, instrucción doméstica o en familia, no por ello su contenido, esto es el aprendizaje, se produce con exclusividad dentro del hogar. Del mismo modo que puede afirmarse que el aprendizaje escolarizado no se produce exclusivamente en el medio escolar, y éste se extiende a la familia, el barrio, la ciudad, e incluso los viajes o lugares donde residen familiares, entre otros. Todos estos medios cobran una relevancia especial para la educación en familia. La educación en casa o en familia se materializa poniendo a contribución multitud de medios y acudiendo a personas distintas de la propia familia. Nadie mejor que alguien que eduque en casa podrá ratificar que el proceso educativo implica cabalmente lo contrario de lo que afirma la Circular: *“las necesidades formativas van más allá de la propia influencia del centro escolar y de los propios contenidos que pudieran trabajarse en la escuela ya que están relacionadas con las habilidades, destrezas y capacidades que cada individuo, a través de la interacción social y personal desarrolla en los distintos contextos de aprendizaje que nos ofrecen el ámbito familiar y social”*.

La Circular intenta regular de manera generalizada los diferentes casos de los que pudiera tener conocimiento la Administración para evitar así posibles discrepancias entre las diferentes administraciones actuantes. Esa es normalmente la función de una Circular, la de unificar criterios para mejorar la efectividad y coherencia interna de una Administración dada, en este caso, la Junta de Andalucía.

La Circular sostiene que en el Ordenamiento Jurídico vigente en España, ésta es una opción educativa carente de regulación, y a pesar de ser posterior a la publicación de la

¹² “Esta Consejería estima que las necesidades formativas van más allá de la propia influencia familiar y de los propios contenidos que pudieran trabajarse en el domicilio, ya que están muy relacionados con las habilidades, destrezas y capacidades que cada individuo, a través de la interacción social y personal desarrolla y configura en los distintos contextos de aprendizaje que nos ofrece el ámbito escolar”.

¹³ CIDEAD: Centro para la Innovación y el Desarrollo de la Educación a Distancia.

Ley de Educación de Catalunya¹⁴, no muestra esa misma voluntad de recoger de modo diverso dos realidades distintas. En el caso de la ley catalana, se rompe desde un punto de vista legal la identificación entre los supuestos de absentismo escolar por desamparo de menores, como dejación de los padres de los deberes derivados de la patria potestad de aquellos supuestos que la ley podría recoger dentro de una opción de educación básica no presencial. La propia Administración se compromete a garantizar esta posibilidad en su artículo 55.1 “El Gobierno, para facilitar el derecho universal a la educación ha de desarrollar una oferta adecuada de educación no presencial”.

En ambos supuestos el sujeto actuante será una administración autonómica dentro del Estado Español, con resultados bien distintos. Lo que podría llevar a una quiebra del principio constitucional de igualdad de los ciudadanos ante la ley (art. 11 CE). De este enunciado se desprende que la educación en casa, lejos de ser una situación de absentismo escolar, se trata de un supuesto de educación no presencial, al menos en esa parte del territorio del Estado, reconocimiento que le confiere una definición y un estatus diferenciado del absentismo escolar extensible al resto del territorio del Estado.

En realidad, de los apartados tercero y cuarto del precepto constitucional fluye el razonamiento conducente a la identificación entre educación y escolarización. La Constitución utiliza el término educación, para incluirlo entre los derechos fundamentales, derecho que se extiende a toda la población, y no solo a los menores en edad escolar. También recoge los términos enseñanza y formación. En ninguno de los apartados del artículo 27 se refiere a la escolarización. Pero la Ley orgánica sí establece 10 años de escolaridad, que son los que recoge la Circular para presentarlos como la única opción que cumple la exigencia marcada por el artículo 27.4 de la Constitución, y este ámbito de libertad no debe ser nunca superado por la Administración, como lo exige el Alto Tribunal¹⁵. Esta es precisamente la barrera que debería tener en cuenta la Administración al valorar la compatibilidad de otros modelos pedagógicos con los ofrecidos por el Sistema Escolar, público o privado. Ese paso de educación (art. 27.1 CE) a enseñanza básica (art. 27.4 CE) es el que conduce con posterioridad a la interpretación que las Administraciones educativas hacen de la LOE.

En este caso, la interpretación deriva directamente de la Constitución, ya que se entiende que el término *obligatoria* que define a la enseñanza básica tal y como está recogida en el artículo 27 de la Constitución, se convierte en *diez años de escolaridad* en el apartado 1 del art. 4 de la LOE, -como consecuencia de aplicar una interpretación extensiva a un precepto que impone una obligación- Finalmente, en cumplimiento del principio de legalidad que rige toda actuación de la Administración y en ausencia de normativa que

¹⁴ La Circular está fechada el 20 de julio de 2009, tres días después de la publicación de la Ley Catalana de Educación de 10 de julio de ese mismo año, se publicó en el Diari Oficial el día 17.

¹⁵ Por exigencia de la STS 1669/1994 de 30 de octubre, Fundamento de Derecho Cuarto, apartado 2: “Las previsiones del legislador en materia educativa se mueven entre la libertad de enseñanza y el derecho de los padres para que los hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones y la libertad de creación de centros docentes. En este terreno se crea un amplio marco que permite variadas opciones educativas, si bien hay una frontera que el legislador considera insuperable: toda tarea educativa se debe desarrollar dentro del respeto a los principios constitucionales. Las técnicas educativas y los modelos pedagógicos pueden ser diversos pero en ningún caso sobrepasar las líneas necesariamente inmodificables, de los valores constitucionales”.

regule de modo expreso la educación en casa, no hay otra opción que tener en cuenta la normativa de escolaridad obligatoria existente.

La declaración de desamparo está interpretada en los tribunales de un modo dual, no sólo como la simple ausencia de escolarización, sino que además ésta debe producir un daño probado al menor. Por ello, no puede afirmarse desde un prisma general que la desescolarización constituya por sí misma una situación de desamparo, ya que si bien puede denotar una situación de riesgo para el menor, no siempre se está ante esa circunstancia. Se exige un segundo requisito consistente en que el menor quede privado de esa asistencia moral y material necesaria para su desarrollo. Este segundo requisito es el que no se cumple en los supuestos de educación en casa, y es el que suele dar lugar al archivo de las actuaciones por vía penal.

El problema que se plantea para la Administración autonómica andaluza es que carece de marco legal en el que implantar la opción, de ahí que en los casos concretos en los que familias que desean educar en casa acuden a la Administración, o son intervenidas por éstas tras el conocimiento de la desescolarización sobrevenida de un menor en edad escolar, no reacciona de otro modo que el de negar su admisibilidad por estar ausente de regulación. De ahí que ante este vacío se acude a la única opción regulada, la de obligada asistencia al centro escolar, y se produce, en consecuencia, de modo automático el rechazo a cualquier opción que implique inasistencia al centro escolar. En ausencia de normativa expresa, la Circular aconseja la aplicación de esta normativa diseñada para luchar contra una lacra social cual es el absentismo escolar y un problema que está ausente en la educación en casa, y que han venido demostrándolo en diferentes procesos judiciales que se han ido archivando en distintos estadios de los respectivos procedimientos también en Andalucía. Esta intervención de la Administración produce un daño desproporcionado a la obtención del resultado querido, no sólo para los titulares de la patria potestad sino de los propios hijos que sufren un daño derivado del exceso de celo y el recelo de la Administración al intentar prevenir conductas que pudieran vulnerar el derecho a la educación de los menores. La norma así aplicada, carece de objeto. ¿Cuál es el bien jurídico protegido cuando la Administración actúa contra estas familias, bajo amenaza de la retirada de la patria potestad? ¿Es acaso el bienestar del menor? ¿La defensa del derecho a la educación del menor? No se debe olvidar que la Administración debe en todo caso actuar en el interés del menor, y llegados a un procedimiento judicial es la función de la Fiscalía velar por el bienestar del menor.

La aplicación de las leyes de absentismo escolar a la educación en casa suponen una perversión del sistema legislativo ya que se aplica a un supuesto de hecho una consecuencia jurídica que no ha sido prevista para aquel, consiguiendo así la Administración el resultado deseado, cual es una acción de tipo disuasorio y de prevención de estas conductas.

La situación, así planteada, aboca a una reacción contraria a la que se pretendía por parte de la Administración. Aquellas personas decididas a ejercitar lo que legítimamente pueden considerar el ejercicio de un derecho derivado de la Constitución no van a dejar de hacerlo. Y es precisamente esta la situación no querida a la que se refiere el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe de 2005, cuando una norma surgida para actuar contra el absentismo escolar por abandono de los titulares de la patria potestad, se aplica a las familias que educan en casa, precisamente por ausencia de regulación específica. Ello pone de manifiesto la inseguridad que de dicha actitud se deriva para estas familias y los menores a su cargo. La seguridad jurídica es uno de los principios que proclama la Constitución en su art. 9, como una de las garantías para los ciudadanos. La aplicación de

una norma prevista para un supuesto de hecho distinto a aquel al que va dirigida, no solo reduce la seguridad jurídica sino que además, incrementa los resultados negativos de ésta.