

CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES DEL ABSENTISMO ESCOLAR

Carlos Vázquez González

Profesor de Derecho penal y Criminología

Facultad de Derecho. UNED

RESUMEN

El absentismo y/o el abandono escolar no son tan sólo uno de los principales problemas a los que se debe enfrentar cualquier sistema educativo, sino también un problema social relacionado con la exclusión social, la marginación y la delincuencia, ya que la investigación criminológica ha comprobado como el fracaso escolar o un temprano abandono de los estudios opera como un facilitador de la delincuencia juvenil. Cuando el absentismo o abandono escolar se produce debido a un incumplimiento injustificado por parte de los padres del deber de educar y proporcionar una formación integral a sus hijos, deber legal de asistencia inherente a la patria potestad, el Estado deberá intervenir para garantizar el derecho a la educación de los menores, recurriendo incluso al Derecho penal, mediante la aplicación del delito de abandono de familia del art. 226.1 CP.

PALABRAS CLAVE

Absentismo escolar, abandono escolar, patria potestad, delito de abandono de familia, delitos de omisión.

SUMARIO:

1. Introducción. El Derecho a la educación. 2. Conceptualización de absentismo y abandono escolar. 3. Fracaso escolar y delincuencia. 3.1. El absentismo y abandono escolar como factor de riesgo de la delincuencia. 3.2. Las teorías del etiquetamiento y el fracaso escolar. 4. Consecuencias jurídico-penales del absentismo escolar: el delito de abandono de familia del artículo 226.1 del Código penal. 4.1. El delito de abandono de familia. Consideraciones generales. 4.2. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. 4.3. ¿Una excepción? Los sistemas alternativos de educación. 4.4. Condición objetiva de perseguibilidad. 4.5. Penalidad. 5. Recapitulación.

1. Introducción. El Derecho a la educación

La educación no es solo un elemento decisivo para garantizar el completo desarrollo de la personalidad humana, al facultar a las personas a aprovechar al máximo sus capacidades, conformar su propia identidad personal y configurar su comprensión de la realidad, sino que de su plena y efectiva realización dependerán cuestiones tan relevantes como la igualdad de oportunidades mediante la compensación de desigualdades, la capacidad de elección, e incluso, la idea de justicia. El **derecho a la**

educación está ampliamente recogido en diversos ámbitos legislativos tanto a nivel internacional¹, como nacional, autonómico, provincial y local. En nuestro país este derecho aparece recogido en el artículo 27 de nuestra Constitución, como un **derecho fundamental**, que reconoce el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica².

Ahora bien, el derecho a la educación, como todo derecho tiene su contrapartida o deber, consistente en la obligación por parte de los poderes públicos, de garantizar el acceso a todas las personas en edad de escolarización, sin restricciones, a la educación gratuita; por parte de los progenitores, de educar a los hijos y procurarles una formación integral; y por parte de los estudiantes, de asistir a la escuela y aprovechar la educación que se les proporciona³. El incumplimiento de estos deberes por alguno de los actores implicados podrá acarrear consecuencias jurídicas de diversa índole, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

2. Conceptualización de absentismo y abandono escolar

Tanto el absentismo escolar como el abandono que se produce en los centros educativos constituyen un *complejo fenómeno*, sin un significado unívoco⁴, aunque se suelen utilizar indistintamente (incluso por parte de las administraciones educativas) para dar cuenta de distintas situaciones de ruptura escolar relacionadas, pero analíticamente separables. Así, debemos distinguir el *absentismo escolar* de situaciones como la *no-escolarización*, la *escolarización tardía*, o el *abandono escolar precoz*⁵, aunque el absentismo está entre los signos más visibles de la desconexión de

¹ La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 26.1, establece que toda persona tiene derecho a la educación y que ésta debe ser gratuita, al menos la instrucción elemental y fundamental, constanding la obligatoriedad de ésta. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 28.1 establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación”, recomendando como procedimiento para conseguir ese derecho la adopción de “medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir la tasa de abandono escolar”.

² Vid. DE LA FUENTE FERNÁNDEZ, M^a A., “Derecho a la educación, deber de prevenir y reducir el absentismo y abandono escolar”, *Revista de Investigación en Educación*, nº 6, 2009, pp. 173 y 176.

³ “Viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función en los que la especial naturaleza que les otorga su carácter social, hace que su ejercicio se constituya no en meramente facultativo para su titular, sino en *obligatorio* para quien lo ostenta”. SAP Murcia 22/2000, de 24 de enero.

⁴ DE LA FUENTE FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 174. RIBAYA MALLADA, F. J. “El absentismo escolar en España”, *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 1, 2003, pp. 3 y 10.

⁵ GARCÍA GRACIA, M. “Dificultades en la aproximación a las dimensiones del absentismo: luces y sombras a partir de las voces del profesorado y de algunas tipologías institucionales”, *Aula Abierta*, 86, 2005, p. 57. RÍO RUÍZ, M. Á. “Más allá del protocolo: estrategias contra el absentismo en centros andaluces de atención educativa preferente”, *Revista Témpora*, 14, diciembre, 2011, p. 40. RUÉ, J. “La mejora de la calidad de la formación obligatoria: el absentismo como síntoma”, *Educación*, núm. 42,

los estudiantes con la escuela y entre los predictores más importantes del temprano abandono escolar; pudiendo afirmarse que “el abandono de la escuela suele ser la estación fin de trayecto del absentismo”⁶.

En términos generales podría definirse el **absentismo escolar** como la no asistencia regular e injustificada a los centros educativos del alumnado escolarizado en la etapa de escolarización obligatoria, y el **abandono escolar** como “la ausencia definitiva del centro escolar por parte del alumno que, sin causa justificada, finaliza la etapa educativa que esté cursando”⁷. Mientras que las situaciones de *absentismo escolar* suponen rupturas y discontinuidades, trayectorias de ausencias y reingresos a la escuela, el *abandono escolar* supone una ruptura definitiva con la escuela⁸.

La doctrina ha establecido una amplia tipología de conductas que integran el absentismo escolar, distinguiendo entre: *absentismo “de retraso”*, entendiéndose por ello aquellos alumnos o alumnas que llegan sistemáticamente tarde a primera hora de clase, un día determinado o a una materia o área concreta...; *absentismo “del interior”*, practicado por una parte del alumnado que estando presente físicamente en el aula espera que pase el tiempo sin mostrar interés ni prestar ninguna atención a las enseñanzas que allí se imparten; *absentismo “elegido”*, ejercido por el alumnado que evita ciertos aspectos de la experiencia escolar (educación física) o no asisten para dedicarse a otras actividades (competiciones deportivas, descansar, etc.); *absentismo “esporádico”*, cuando no van a la escuela, en ocasiones puntuales, por acudir a otra actividad más atractiva (pellas); *absentismo “crónico”*, que implica ausencias a clase notorias y reiteradas; y *absentismo “cubierto por los padres”*, que es aquél absentismo escolar, excusado y justificado por los padres, con independencia de los motivos que lo causen⁹. Reconociendo el interés de esta y otras clasificaciones tipológicas para el mejor entendimiento y afrontamiento del problema, el **absentismo crónico y cubierto**

2008, p. 23. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M^a T. “Absentismo y abandono escolar: una situación singular de la exclusión educativa”, *REICE – Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 4, núm. 1, 2006, p. 2.

⁶ RUÉ, *op. cit.*, p. 23. También MARTÍNEZ GONZÁLEZ, R-A y L. ÁLVAREZ BLANCO, “Fracaso y abandono escolar en Educación Secundaria Obligatoria: implicación de la familia y los centros escolares”, *Aula Abierta*, 85, 2005, pp. 5 y 6, opinan que “la tendencia de un alumno a desarrollar fracaso y/o absentismo escolar conduce, al final de su proceso, al riesgo de abandono escolar”.

⁷ DE LA FUENTE FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 175. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 3

⁸ GARCÍA GRACIA, *op. cit.*, p. 57.

⁹ Más extensamente, DE LA FUENTE FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 174 y 175. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 2 y 3. Vid. también la tipología de *situaciones* de absentismo, de acuerdo con una escala de menor a mayor visibilidad y gravedad, citada por RUÉ, *op. cit.*, p. 24 y por GARCÍA GRACIA, *op. cit.*, p. 60.

por los padres, será la modalidad de absentismo que pueda acarrear algún tipo de consecuencias jurídico-penales.

El absentismo escolar —que suscita interés en el ámbito jurídico— se produce cuando los padres descuidan el cumplimiento de uno de los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad, negando a sus hijos el derecho que les corresponde a recibir una educación, y poniendo en peligro, con ello, las posibilidades que pudieran tener en el futuro de desarrollarse de modo adecuado en la sociedad en la que habrán de integrarse. Es obvio, que, ante dicho peligro y una vez que sea detectado un supuesto que corresponda a este tipo de incumplimiento, el Estado debe actuar entrando en funcionamiento su aparato coercitivo. A los responsables, puede aplicárseles las sanciones pecuniarias o privativas de derechos previstas en las leyes autonómicas de protección a la infancia¹⁰; excepcionalmente, puede privarse a los padres de la patria potestad por sentencia judicial¹¹ si el incumplimiento o la inobservancia de los deberes inherentes a la misma es grave o de notoria importancia, persistente y continuada¹²; e incluso puede aplicárseles el tipo penal del artículo 226 del Código Penal, que prevé penas de multa o de privación de libertad para los padres¹³.

¹⁰ Algunas legislaciones autonómicas recogen el absentismo escolar como *causa de desamparo*. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.), *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías. Situación de riesgo y de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 126, n. 43; mientras que para otras supone una *situación de riesgo*, como sucede en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña, en la que atendiendo a la gravedad de la situación de desprotección social en la que se pueda encontrar un menor, el legislador catalán distingue entre las situaciones de riesgo y las situaciones de desamparo, encontrándose dentro del catálogo de las situaciones de riesgo: “la falta de escolarización en edad obligatoria, el absentismo o el abandono escolar” (letra e), del art. 102.2 LDOIA). Vid. ALLUEVA AZNAR, L. “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores. A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia”, *InDret* 4/2011, p. 10.

¹¹ Conforme prescribe el art. 170 CC.

¹² “La privación de la patria potestad que, por su gravedad ha de reputarse excepcional y aplicarse únicamente en casos extremos, (...), no basta para establecerla la sola constatación de un incumplimiento, aún grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es de todo punto necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte actualmente conveniente a los intereses del menor”. SAP Bilbao 90/1999, de 6 de julio. “Ha de revestir un carácter excepcional y ha de fundarse en la existencia de una conducta en las relaciones paterno-filiales gravemente perjudicial para los hijos”. SAP Burgos 263/1999, de 29 de de abril. SAP Granada 191/2003, de 3 de marzo. Más extensamente, TOLDRÀ ROCA, M^a D. “Enfoque jurisprudencial de la potestad y su privación”, en Padial Albás y Toldrà Roca (Coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 46 y ss.

¹³ GOIRIA MONTROYA, M. *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, (tesis doctoral), UPV, Bizkaia, 2012, p. 350.

La falta de asistencia a la escuela, ya sea de forma permanente o discontinua (días, semanas o meses), a la par que frecuente, puede dar lugar, cuando sea injustificada, a responsabilidad penal por parte de los padres, tutores o guardadores legales, porque este problema afecta a la esfera jurídica de un colectivo muy particular, como es el integrado por los menores de edad, cuya protección está contemplada en el ordenamiento jurídico español en una serie de preceptos y normas específicas¹⁴, lo que motiva y justifica la intervención en los casos de absentismo escolar de la Administración de Justicia¹⁵.

Aunque la finalidad de este artículo consiste en el análisis de las consecuencias jurídico-penales que puede acarrear el absentismo escolar, permítame el lector un pequeño inciso antes de entrar en materia, sobre una cuestión de gran interés para el Derecho penal, la Criminología y la política criminal: la relación entre el fracaso escolar y la delincuencia.

3. Fracaso escolar y delincuencia

3.1. El absentismo y abandono escolar como factor de riesgo de la delincuencia

Tradicionalmente, se ha reconocido que el éxito escolar es uno de los mejores modos de prevenir la delincuencia, —ya BECCARIA señalaba que “el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación”¹⁶— ya que ésta suele ir asociada a negativas experiencias escolares (fracaso escolar y abandono temprano de los estudios).

Junto a la familia y el grupo de iguales, la escuela aparece como un factor determinante en la correcta educación y socialización de los jóvenes, operando como un inhibidor de la delincuencia, ya que el éxito académico y buenas actitudes hacia la escuela reducen la delincuencia. Sin embargo, la literatura criminológica, a tenor de los numerosos estudios longitudinales realizados¹⁷, señala como factores de riesgo

¹⁴ Fundamentalmente en el Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

¹⁵ RIBAYA MALLADA, F. J. “La gestión del absentismo escolar”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV, 2011, p. 588.

¹⁶ Vid. BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, (trad. Juan Antonio de las Casas), Altaya, Barcelona, 1994, p. 110.

¹⁷ Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, pp. 121-168, con referencias.

asociados con un posterior comportamiento problemático, antisocial o delincencial de los jóvenes, el fracaso escolar o un temprano abandono de los estudios¹⁸.

Los hallazgos de FARRINGTON constituyen uno de los numerosos estudios que han mostrado como el absentismo escolar constituye un factor de riesgo sustancial para la delincuencia, en tanto en cuanto proporciona oportunidades adicionales para la conducta desviada¹⁹.

En este sentido podríamos vislumbrar la existencia de una relación progresiva o correlativa entre absentismo, abandono, fracaso escolar, exclusión social, desempleo, marginación, delincuencia, etc. Así pues, estamos ante un problema con una clara vertiente educativa pero también social²⁰.

3.2. Las teorías del etiquetamiento y el fracaso escolar

La escuela que en principio debía de ser junto a la familia uno de los principales pilares en la educación y socialización de los niños y jóvenes, resulta que es también uno de los principales factores criminógenos de la delincuencia infantil y juvenil.

Uno de estos factores reside a juicio de BANDINI y GATTI en que en la escuela, con el fin de socializar al individuo según los valores de la sociedad en la que se encuentra, se estimula un fuerte sentido de individualismo y competitividad (teoría de la *tensión o*

¹⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. "Prevención de la delincuencia juvenil", en Vázquez González y Serrano Tárrega (Eds.), *Derecho penal juvenil*, 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 99.

¹⁹ La investigación longitudinal de FARRINGTON mostró cómo aquellos jóvenes con mayor índice de ausencias a clase entre los 12 y los 14 años y aquellos que abandonaron el colegio antes de los 15 años, eran más propensos a desarrollar conductas violentas en la adolescencia y la etapa adulta. FARRINGTON, D. P. "Early predictors of adolescent aggression and adult violence", *Violence and Victims*, 4, 1989, 79-100. COHN, E. G. y D. P. FARRINGTON, *Scholarly Influence in Criminology and Criminal Justice*. Nova Science Publishers, Hauppauge, N.Y. 2012. Estos resultados son corroborados en nuestro país, en una investigación del Centro Reina Sofía sobre menores infractores, vid. IBORRA MARMOLEJO, I. *et al.*, *Informe Situación del menor en la Comunidad Valenciana: víctima e infractor*, Centro Reina Sofía, Valencia, 2010, p. 219, al encontrar que en relación con la conducta de los infractores durante su etapa escolar, el 66,51% tenía un comportamiento negativo en el aula, el 81,35% tenía una actitud y motivación hacia el aprendizaje baja y el 70% había repetido curso. Además el 66,48% de los menores infractores ha sido absentista en su etapa escolar. Igualmente, MATAMALES, R. y F. X. UCEDA, "Procesos urbanos de exclusión: adolescentes en conflicto con la ley", *EMIGRA Working Papers*, 31, 2007, pp. 13 y 14. Accesible en línea: www.emigra.org.es.

²⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 2. ESTERLE HEDIBEL, M. "Prevención y tratamiento del absentismo y de la desescolarización en Francia: experiencias y nuevas formas de actuar", *REICE - Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 3, núm. 1, 2005, p. 895.

frustración —strain theory—)²¹. Este espíritu competitivo impregna la vida del niño y le condiciona en su comportamiento frente a la escuela y sus compañeros. En la mayoría de los casos, el niño procurará afrontar esa “competición”, para con la ayuda de los profesores progresar, superándose entonces a sí mismo, mejorando, en una palabra. Pero habrá casos de estudiantes menos brillantes o dotados, en los que el niño se verá superado por ese espíritu competitivo, no alcanzando las metas u objetivos fijados, comenzando entonces a mostrarse indiferente, abúlico, irrespetuoso o violento, empezará a faltar a la escuela y renunciará a lo que ella representa²².

La escuela comenzará entonces a seleccionar un pequeño grupo de niños a los que considerará desadaptados, creando desde tan temprana edad un etiquetamiento social, del que les será difícil salir (*teoría del etiquetamiento*)²³. Esta inadaptación escolar no podrá ser superada²⁴, en todos aquellos casos en los que la familia no se encuentre capacitada para sostener adecuadamente al niño, compensando eficazmente las carencias escolares del mismo.

Por ello, la escuela “refuerza la inadaptación” de los niños y adolescentes con *problemas sociofamiliares o procedentes de medios marginales*, por sus características propias, cuando exige un tipo de actitudes y conocimientos acordes con los valores de las clases sociales dominantes²⁵. En estos casos, los jóvenes procedentes de medios marginales encuentran extraños esas actitudes y conocimientos y se sienten incapaces de adaptarse²⁶. Esta incapacidad lleva a una

²¹ Vid. BANDINI, T. y U. GATTI, *Dinamica familiare e delinquenza giovanile*, Giuffrè, Milán, 1972, p. 199. Este fuerte sentido de individualismo, se manifiesta según los autores, por medio de unos “instrumentos formales” como las notas, suspensos y aprobados, premios al primero de la clase, becas por estudios; y otros “informales” como el prestigio, la autoestima y la valoración personal, o bien lo contrario, el desprecio, el vacío, la incomunicación, el aislamiento, etc.

²² BANDINI y GATTI, *op. cit.*, pp. 199 y 200.

²³ El interés principal de las teorías del etiquetamiento o *labeling approach* consiste en el estudio del proceso de atribución de definiciones negativas, los mecanismos de control social (formal o informal) que consiguen el etiquetamiento, los procesos de estigmatización y exclusión de los delincuentes. Más extensamente, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil*, *cit.*, pp. 102-106. SERRANO MAÍLLO, A. *Introducción a la Criminología*, 6ª ed. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 437-476.

²⁴ En opinión de BANDINI y GATTI, *op. cit.*, p. 200.

²⁵ Desde esta perspectiva, menciona BARATTA, A. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, 4ª ed. Siglo XXI editores, México, 1993, p. 180, que “el sistema escolar (...) refleja la estructura vertical de la sociedad y contribuye a crearla y a conservarla a través de mecanismos de selección, discriminación y marginación”.

²⁶ Así, BARATTA, *op. cit.*, pp. 181 y 182, menciona esta dificultad de adaptación como una de las primeras razones del fracaso escolar.

actitud del inadaptado, como respuesta a la segregación escolar, que producirá la etiquetación por parte de los maestros y de los demás compañeros como “gamberro”, “golfo”, etc., lo que reforzará su conducta inadaptada²⁷. Por último, la escuela, más preocupada por la enseñanza de contenidos y materias que por la educación, normalmente se desentenderá de todos aquellos sujetos que no respondan al modelo de “niño normal”: niño que aprende, bien adaptado al medio escolar, obediente ante el profesor, etc.,²⁸ en contra de los criterios educativos que preconizan, entre otros, las Directrices de Riad, que expresamente señalan en el art. 24 que: “*los sistemas de educación deberán cuidar y atender de manera especial a los jóvenes que se encuentren en situación de riesgo especial, utilizando los programas especializados y materiales didácticos*”; y principalmente en el art. 30 que: “*Deberá prestarse ayuda especial a los estudiantes que tengan dificultades para cumplir las normas de asistencia, así como los que abandonan los estudios*”.

Investigaciones como las de WALGRAVE confirman la importancia del fracaso escolar en los procesos de delincuencia juvenil según estos postulados. La *estigmatización del alumno*, desde el punto de vista de sus resultados académicos, funciona como una “profecía auto-cumplida” que contribuye a su propia realización. El alumno responderá así a la conminación que le hacen, abandonando el sistema escolar²⁹.

4. Consecuencias jurídico-penales del absentismo escolar: el delito de abandono de familia del artículo 226.1 del Código penal

4.1. El delito de abandono de familia. Consideraciones generales

Al igual que sucede con muchas otras conductas socialmente relevantes, **no encontramos en el Código penal español un tipo penal autónomo para el absentismo o el abandono escolar**, lo que no significa que esas conductas no sean tuteladas por el Derecho penal. Del mismo modo que el *bullying* o *acoso escolar* no se encuentra tipificado expresamente en el Código penal³⁰, pero cuando este tipo de hechos tienen la entidad suficiente, la conducta de acoso puede calificarse conforme al

²⁷Vid. RÍOS MARTÍN, J. C. “El menor ante la Ley Penal: educación versus penalización”, *Actualidad Penal*, núm. 25, 1994, p. 469. TUTT, N. “Utilización de los delitos por su condición y disposiciones conductistas equivalentes para prevenir la delincuencia”, *RIPCrim.*, Nº 39 y 40 (volumen doble), 1990, p. 87. MATAMALES y UCEDA, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

²⁸Cfr. VEGA FUENTE, A. “Apuntes para una Criminología escolar”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, IVCrím. San Sebastián, 1989, pp. 420 y ss. BARATTA, *op. cit.*, p. 183.

²⁹ Citado por ESTERLE HEDIBEL, *op. cit.*, p. 897.

³⁰ A diferencia de otros supuestos de acoso como el *mobbing* o *acoso laboral* del art. 173.1.2º CP, el *acoso inmobiliario* del art. 173.1.3º CP, o el *acoso sexual* tipificado expresamente bajo esta denominación en el art. 184 CP.

delito de tratos degradantes previsto en el art. 173.1. CP, que castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al que *infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*; el absentismo y el abandono escolar, se han considerado como supuestos de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de la adecuada y obligada formación y educación³¹, configurándose como comportamientos susceptibles de ser sancionados penalmente conforme al artículo 226.1. CP.

El **artículo 226.1 del Código Penal** castiga con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses “*al que dejare de cumplir con los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados*”.

En la doctrina jurídica especializada en este tipo delictual, no es extraño encontrar críticas a una distinción, algo más que artificiosa, entre el delito de “abandono de familia” y el de “incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad”³². Distinción artificiosa porque los dos tipos de conductas previstas en el artículo 226.1 CP constituyen un mismo delito, el de “abandono de familia”; tanto el dejar de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad (...), como el dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, (...); no existiendo más diferencia entre ellos que la derivada del concreto deber dejado de cumplir o prestar³³. Esta distinción resulta además intrascendente para nuestros fines, ya que en lo que sigue únicamente nos referiremos al delito de abandono de familia en relación con el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad consistentes en la obligación de educar y formar a los hijos, ignorando el resto de comportamientos y conductas que integran el tipo penal del art. 226.1 CP.

El **delito de abandono de familia** es un *delito permanente de omisión*³⁴, un tipo configurado como una *norma penal en blanco*, dado que uno de sus elementos típicos

³¹ TOLDRÀ ROCA, *op. cit.*, p. 51.

³² Distinción defendida entre otros autores por, CASTIÑEIRA PALOU, M^a T. “Delitos contra las relaciones familiares”, en Silva Sánchez (Dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 170 y 171, considera que el art. 226 CP contiene dos modalidades delictivas. Igualmente, LAURENZO COPELLO, P. “La nueva configuración típica del delito de abandono de familia”, en Arroyo Zapatero y Berdugo Gómez (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, vol. 2, UCLM y Universidad de Salamanca, 2001, p. 290.

³³ Vid. SAP Navarra 934/2011, de 13 de junio.

³⁴ Un *delito puro o propio de omisión* en los que el legislador impone una serie de mandatos u obligaciones con carácter imperativo, en los que se sanciona el mero incumplimiento del mandato

no se halla incluido en el precepto y por ello ha de completarse recurriendo a otros preceptos extrapenales, que son los que han de explicar en concreto qué debe de entenderse como deberes de asistencia inherentes a la patria potestad³⁵.

Es **sujeto activo del delito** el obligado a cumplir los deberes legales de asistencia recogidos en el Código Civil. Es por tanto, un *delito especial propio* que sólo pueden cometer las personas que reúnan las condiciones o requisitos exigidos en el tipo penal: los padres, tutores, guardadores y acogedores.

Los deberes legales de educación y escolarización de los hijos, obligan indistintamente y por igual a ambos progenitores, no pudiendo escudarse ninguno de ellos en que la educación de los hijos le corresponde tan sólo a uno de los padres (generalmente la madre)³⁶.

Sujeto pasivo es la persona que no recibe la asistencia a la que legalmente tiene derecho³⁷, que en nuestro caso serán los hijos o descendientes menores, en edad de escolarización obligatoria. Este es un elemento básico y sustancial de este delito. Aunque sean los menores los que realicen directa y personalmente la conducta de ausentarse del colegio, en muchas ocasiones siendo plenamente conscientes de que están incumpliendo sus obligaciones de asistir a la escuela, realizando una auténtica elección racional, el Código penal no sanciona a los menores por estas ausencias escolares injustificadas. Los niños y adolescentes no podrán ser considerados autores del delito. Son las víctimas o sujetos pasivos del delito, ya que lo que protege el Código penal no es la inasistencia a clase por el menor, es el incumplimiento por parte de sus padres o tutores del derecho a la educación y escolarización de esos menores, como elemento integrante del *bien jurídico protegido* en este precepto del Código penal: la seguridad de los miembros de la familia más desvalidos o desprotegidos³⁸.

legal, cuando el sujeto podía cumplirlo. Vid. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Casos prácticos de Derecho penal (Parte Especial)*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 29.

³⁵ SAP Zaragoza 510/2009, de 24 de noviembre.

³⁶ Como subraya la SAP de Alicante 4612/2012, de 24 de mayo, al reconocer que “El dato de que las labores cotidianas de llevar y traer del colegio pudieran recaer principalmente en la madre, no puede eximir ni mucho menos al padre de sus obligaciones de escolarización y educación de los menores”.

³⁷ SERRANO GÓMEZ, A. y A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal, Parte Especial*, 16 ed. Dykinson, Madrid, 2011, p. 340.

³⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 16 y 17. SERRANO TÁRRAGA, M^a D. “Delitos contra las relaciones familiares”, en Serrano Gómez, Serrano Maíllo, Serrano Tárraga y Vázquez González, *Curso de Derecho penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 223. CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit.*, p. 170. También, aunque con matices, LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, pp. 289 y 290.

Y la **acción o conducta sancionable**, consiste en el incumplimiento de los deberes de asistencia. Por tales no deben de entenderse únicamente los materiales o económicos, inherentes a la patria potestad, sino que se extiende a otros deberes. Así, el **artículo 154 del Código Civil** define el contenido de la patria potestad que, entre otros deberes y facultades, comprende el de educar a los hijos y procurarles una formación integral, “constituyendo la asistencia al colegio uno de los pilares esenciales de dicha formación”³⁹.

Momento consumativo del delito. El delito se consuma en el momento de producirse el quebrantamiento de los deberes legales de asistencia familiar⁴⁰, ya sea porque se produce el incumplimiento total de los deberes legales de asistencia o cuando se da un incumplimiento parcial de gran entidad⁴¹. Al ser un *delito permanente*, la consumación del delito se prolonga en el tiempo mientras se conculcan los deberes de asistencia⁴². No cabe la *tentativa*.

4.2. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal

Cuando la causa última del absentismo escolar se encuentra en una injustificable tolerancia por parte de los titulares de la patria potestad, la declaración de responsabilidad criminal con fundamento en el art. 226 del CP por incumplimiento del deber inherente a la patria potestad de educar a los hijos y proveerles de una formación integral requiere analizar, con acentuado casuismo tres parámetros

³⁹ Tal como reconoce la SAP Valladolid 1155/2010, de 24 de septiembre. En este sentido, la SAP Zaragoza 857/2012, de 23 de marzo, califica de *bochornoso* el siguiente argumento invocado por el acusado: “Que ante los diversos requerimientos hechos a ellos por las autoridades educativas y por la Fiscalía de Menores para que su hija se escolarizase normalmente, han hecho advertencias poco severas a su hija, puesto que ellos consideran que la niña tiene ya educación suficiente puesto que él (el padre) y ella (la madre) con conocimientos básicos en educación como saber leer y escribir se han defendido perfectamente y llevan también perfectamente la tienda de ropa de vestir que tienen y que para regentar esa tienda no necesitan estudios superiores de forma alguna, lo cual es válido también para su hija”. En opinión del Tribunal sentenciador, “Con esa filosofía vital, no es de extrañar que la niña no acudiera, ni acuda, prácticamente a la escuela y quede relegada no solamente a la ignorancia más supina sino también a que no pueda adquirir los conocimientos básicos para poder enfrentarse a la vida y competir mínimamente en un mundo en el que la formación, la educación y la adquisición de valores, lo son todo”.

⁴⁰ FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia*, Universidad de Murcia, 1946, p. 39. SERRANO TÁRRAGA, *op. cit.*, p. 231.

⁴¹ De esta opinión, que no es pacífica en la doctrina, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *op. cit.*, p. 340. LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 298.

⁴² El delito de abandono de familia es permanente, de tal manera que, de conformidad con lo establecido en el artículo 132.1 del Código Penal, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que cese la situación lesiva de los bienes jurídicos protegidos.

esenciales: el nivel objetivo de absentismo, el esfuerzo de los progenitores por vencer la resistencia del menor y, finalmente, el conocimiento por parte del sujeto activo de la obligación que, a estos efectos, viene impuesta por el artículo 154 del Código Civil⁴³. Por ello, la perfección del tipo penal exige que se den los siguientes **requisitos**⁴⁴:

a) **Situación generadora de un deber de actuar** que se produce por la existencia del vínculo entre el omitente, titular de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y los beneficiarios de tales deberes (los hijos)⁴⁵.

La patria potestad, la tutela, la guarda y el acogimiento familiar generan una serie de deberes de asistencia cuyo incumplimiento es precisamente lo que constituye la *conducta típicamente antijurídica* prevista en el artículo que seguidamente comentamos⁴⁶.

Deberá acreditarse la *vinculación entre el titular de los deberes de asistencia y los beneficiarios de tales deberes*, así como el vínculo entre ellos, ya que el Código Civil recoge, en distintos preceptos, los deberes y obligaciones legalmente establecidos. El art. 154 CC establece el deber del padre y la madre de educar a sus hijos y procurarles una formación integral; idéntica obligación recogida en el art. 173 CC para los responsables del acogimiento familiar; y en el art. 269 CC respecto del tutor. En cuanto a la guarda, habrá que remitirse a lo dispuesto en los artículos 303 y ss. del Código Civil, entendiendo por ésta la situación equiparable a la tutela en sentido amplio, en aquellos casos en que la situación de tutela aún no ha sido constituida, sin que le haya sido legalmente confiada⁴⁷.

b) **No realización de la acción (omisión)**. El delito tiene carácter omisivo, ya que lo que se sanciona es el hecho de dejar de hacer aquello a lo que el sujeto venía obligado por su cualidad de padre, de tutor, etc.⁴⁸ La omisión típica en esta clase de delitos es la de los deberes que impone el art. 154 CC y el art. 39.3 CE y entre ellos se

⁴³ SAP Albacete 1107/2012, de 23 de noviembre. SAP Santiago de Compostela 3629/2012, de 20 de noviembre.

⁴⁴ SAP Zaragoza 510/2009, de 24 de noviembre. SAP Valencia 2294/2011, de 27 de abril. SAP Zaragoza 2091/2012, de 6 de septiembre. SAP Valencia 5069/2012, de 26 de noviembre.

⁴⁵ La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto son menores y no emancipados. Cfr. SAP Navarra 934/2011, de 13 de junio.

⁴⁶ FERRER SAMA, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁷ De la misma opinión, respecto de la inclusión entre los sujetos activos del delito del guardador de hecho, LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 294.

⁴⁸ Así también, FERRER SAMA, *op. cit.*, p. 20. LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 292.

encuentra el deber de *educar a los hijos y procurarles una formación integral*, constituyendo la asistencia al Centro Educativo uno de los pilares esenciales de dicha formación, debiéndose tener en cuenta que la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, extiende la enseñanza básica obligatoria hasta el curso escolar en que se cumplen 16 años de edad, es decir, hasta concluir la E.S.O. (Enseñanza Secundaria Obligatoria)⁴⁹.

Respecto de la *Educación Infantil*, en términos jurídico-penales no podríamos hablar ni de absentismo ni de abandono escolar puesto que *es una etapa de escolarización no obligatoria*⁵⁰, que goza de un carácter voluntario, por lo que los padres no están obligados legalmente a escolarizar a sus hijos, no pudiendo exigirles el cumplimiento de algo a lo que no están legalmente obligados.

No todo incumplimiento del deber de educar a los hijos y procurarles una formación integral integra el tipo penal del art. 226.1 CP. Debemos tener en cuenta, por un lado, el nivel objetivo de absentismo escolar y, por otro lado, las conductas que evidencian una contravención de las obligaciones dimanantes del ejercicio de la patria potestad.

(1) **Gravedad del absentismo escolar.** La protección penal que se dispensa al Derecho a la educación de los menores, no llega hasta el extremo de criminalizar todo incumplimiento de esos deberes, sino únicamente las “formas más graves de incumplimiento”; aquellos incumplimientos que resulten suficientemente significativos, bien por ocasionar un daño al menor, bien por suponer para él un peligro grave⁵¹. Para que sea apreciable en las concretas circunstancias del caso, la acción o dinámica comisiva es indispensable que se trate de un **incumplimiento total y absoluto, además de persistente y duradero**⁵².

Así lo viene entendiendo la doctrina jurisprudencial de las Audiencias Provinciales al limitar el delito de abandono de familia, en virtud del *principio de intervención mínima*, a aquellas situaciones en que la dejación de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad alcanza una singular importancia⁵³, rechazando su

⁴⁹ Art. 4.2 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, “*La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad*”. Cfr. SAP Albacete 1107/2012, de 23 de noviembre. SAP León 1492/2012, de 13 de noviembre.

⁵⁰ Art. 12.2 de la LO 2/2006, de 3 de mayo.

⁵¹ SAP Navarra 934/2011, de 13 de junio.

⁵² La SAP Orense 66/2012, de 27 de enero, consideró que el “*absentismo escolar apreciado por los encargados del Centro, ha llegado en ocasiones al 50% de los días lectivos, y tal porcentaje es de suficiente entidad para atacar el bien jurídico protegido por el artículo 226 del CP*”.

⁵³ SAP Toledo 8/2006, de 16 de febrero.

aplicación en aquellos otros supuestos en que, no obstante el incumplimiento de tales deberes, no se aprecie una dejación y abandono graves o absolutos de los deberes básicos de cuidado, de modo que sus transgresiones no lleguen a integrar este ilícito penal, aunque sí un ilícito civil o administrativo, pues para la comisión del tipo previsto en el artículo 226 del Código Penal, no basta una mera transposición del incumplimiento civil de aquellos deberes para colmar la exigencias del tipo, sino que el quebranto sea algo más que el mero incumplimiento de un deber legal, que sea un incumplimiento voluntario, porfiado, persistente y completo⁵⁴.

La gravedad del incumplimiento se relaciona con el número de ausencias y su reiteración, sin que desde el ámbito penal, se puedan establecer unos parámetros que nos indiquen cuando la gravedad del absentismo escolar alcanza los niveles necesarios para integrar el tipo penal. Por tanto, los jueces gozan en este ámbito de un amplio arbitrio judicial, —sin estar sujetos o constreñidos por cuantificaciones de las Administraciones educativas—⁵⁵, que les otorga la potestad de decidir, en el caso concreto enjuiciado, si el incumplimiento del deber de educación es grave o no.

(2) ***Tipos de conductas que evidencian una contravención de las obligaciones dimanantes del ejercicio de la patria potestad.*** El incumplimiento del deber de educar y escolarizar a los hijos, integra plenamente esta conducta omisiva⁵⁶, llevada a cabo, por ejemplo, mediante la actitud pasiva de los padres, que no colaboran en imponer a sus hijos hábito alguno en relación a sus necesidades educativas⁵⁷, sin que ello esté justificado en modo alguno; o bien por la despreocupación y desinterés de los padres que conocían tal falta de asistencia de sus hijas a las clases, y no ponían los medios impulsores o favorecedores y hasta coercitivos sobre las menores para que fueran al colegio, ni han instado ayuda de las autoridades sociales ante su impotencia e incapacidad, en su caso, de solucionar el problema, y, menos aún, han seguido las directrices y programas de actuación instaurados por los Servicios Sociales que detectaron el problema por la colaboración del centro educativo, mostrando una actitud

⁵⁴ SAP Navarra 934/2011, de 13 de junio.

⁵⁵ Por ejemplo, el Ayuntamiento de Madrid, distingue tres tipos de absentismo escolar relacionados con el grado de ausencias: *absentismo elevado*, ausencia del centro escolar superior a un 50% de los días lectivos; *absentismo medio* (entre un 25% y un 50%); y *absentismo bajo* (por debajo del 25%). Vid. AGUADO GONZÁLEZ, P. "Programa de prevención y control del absentismo escolar en el Ayuntamiento de Madrid", *Indivisa, Bol, Estud. Invest.*, núm. 6, 2005, p. 251.

⁵⁶ Como señalan el Auto de la AP de Madrid 240/2004, de 18 de marzo y las SAP Barcelona 892/2000, de 27 julio; SAP Alicante 592/2012, de 11 de enero; SAP Zaragoza 909/2012, de 29 de marzo.

⁵⁷ Lo cierto es, como sostiene la SAP Valencia 2294/2011, de 27 de abril, "que si no se adquiere el hábito de asistencia en edad temprana, el problema no sólo se cronifica, sino que provoca otras consecuencias desfavorables en las conductas de los menores".

desidiosa y de absoluta falta de implicación en el problema de las menores⁵⁸. Ello demuestra con creces la desidia e irresponsabilidad de los padres, conducta que supone una grave contravención de las obligaciones dimanantes del ejercicio de la patria potestad⁵⁹.

c) **Capacidad de acción.** La *capacidad concreta de acción*, elemento esencial de los delitos de omisión, necesita de la concurrencia de los siguientes requisitos: conocimiento de la situación típica⁶⁰; conocimiento de los medios o formas de realización de la acción debida; y posibilidad real, física, de realizar la acción debida⁶¹. Es un **delito doloso**, ya que el sujeto incumple sus deberes de atender a las necesidades educativas de sus hijos, voluntariamente, a sabiendas que tiene que hacerlo, siempre que además pueda hacerlo, ya que en caso contrario, si el sujeto obligado a estos deberes no puede cumplirlos o hacer frente a los mismos, no tendrá responsabilidad penal⁶².

Al ser un delito doloso, si entendemos que el **dolo** es *la conciencia (o conocimiento) y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo*, deberán concurrir simultáneamente los elementos del dolo: conocimiento de los elementos objetivos del tipo (*elemento intelectual o cognoscitivo*) y la voluntad de realizarlo (*elemento volitivo*)⁶³.

El conocimiento de quien omite la situación del deber de educar a sus hijos, es otro *elemento subjetivo del tipo penal*, que deberá acreditarse en el juicio, lo que se demostró que ocurrió en el siguiente caso, en el que los acusados, al ser extranjeros, alegaron desconocer las obligaciones para con sus hijos. Sin embargo, el Tribunal entendió que de manera especial se informó a los acusados del deber legal que existía en España de llevar a los menores al Centro Escolar, por lo que no puede apreciarse el *error de tipo* aducido⁶⁴. Además, los padres no han justificado la causa que les

⁵⁸ SAP Alicante 4187/2012, de 20 de febrero.

⁵⁹ SAP Albacete 1107/2012, de 23 de noviembre.

⁶⁰ Conciencia plena de la situación, como describe la SAP Alicante 592/2012, de 11 de enero.

⁶¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Casos prácticos de Derecho penal, cit.*, p. 30.

⁶² Dado el principio de excepcionalidad en el castigo de los delitos imprudentes, por el que ha optado el Código penal español, al disponer en el art. 12 CP que *“las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*, el delito de abandono de familia sólo podrá ser castigado cuando se cometa de forma dolosa.

⁶³ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Casos prácticos de Derecho penal, cit.*, pp. 43-45.

⁶⁴ El *error de tipo* supone el desconocimiento o conocimiento equivocado sobre un elemento esencial del tipo penal, y viene regulado en el art. 14.1 CP: *“El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del*

impidiera cumplir con dicho deber, no siéndolo, desde luego, las alegaciones de que tenían dificultades económicas. En definitiva, entiende el Tribunal que estamos, en relación con la estructura del tipo, ante un **delito de omisión de cumplimiento de un mandato jurídico** que les había sido directamente recordado al ser informados por los Servicios Sociales en que se hacía hincapié del deber de escolarizar a los hijos menores, según el ordenamiento español. Por ello, el mandato jurídico era suficientemente claro e ineludible. Los recurrentes sabían y conocían perfectamente que el derecho español no les permitía omitir la acción correspondiente. Se ha de entender, con todo, incluida la instrucción personal deficiente de los acusados, que para el caso, tenían perfecta conciencia de lo injusto de su negativa a cumplir lo que se les ordenaba, sin error posible, pues la alegación única que pretextaban era la de que no disponían de recursos económicos, siendo que la asistencia al Centro Escolar social no lo requería. Su condición de obligados estaba inexorablemente determinada por su condición de padres⁶⁵.

El incumplimiento de los deberes que como padres les afectan en el ejercicio de su patria potestad, además de persistente, no esporádico o transitorio y completo⁶⁶ debe ser “voluntario y no producto de la imposibilidad de asumir y cumplir tales deberes”⁶⁷.

Posibilidad de cumplimiento de los deberes legales de asistencia. Posibilidad real, física, de realizar la acción debida, a la que se equiparan aquellas situaciones en las que la persona obligada no puede cumplir el mandato personalmente o por sí sola, pero sí solicitando la ayuda o el auxilio de un tercero⁶⁸. En algunas ocasiones, los padres se pueden ver imposibilitados para hacer frente al deber de atender las necesidades educativas de sus hijos, lo que les puede eximir de responsabilidad penal⁶⁹, aunque las causas de justificación esgrimidas por los padres ante los tribunales, no son aceptadas en la mayoría de las ocasiones, sobre todo cuando los menores en edad de escolarización son niños. En la adolescencia, las dificultades para los padres de cumplir con sus obligaciones, se acrecientan, y es más factible

hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente”.

⁶⁵ SAP Ciudad Real 720/2012, de 2 de julio.

⁶⁶ Incumplimiento reiterado y persistente, SAP Alicante 514/2010, de 30 de junio.

⁶⁷ Lo que plantearía el problema de la colisión de deberes y la posible justificación por la eximente de estado de necesidad, vid. SAP Alicante 200/2010, de 8 de marzo.

⁶⁸ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Casos prácticos de Derecho penal*, cit., p. 30.

⁶⁹ Puesto que la naturaleza omisiva del delito impone, como elemento inexcusable del tipo, *la capacidad personal de acción*, advierte LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 297, que “En consecuencia, no será típica la conducta de quien deja de cumplir con un deber asistencial por carecer de los medios necesarios para hacer frente al mismo”.

encontrar supuestos de absentismo escolar que puedan ser justificados o exculpados. Veamos, mediante algunos ejemplos, el tratamiento que nuestros Tribunales otorgan a algunas de las excusas alegadas por los padres.

Tratándose de **niños**, no puede ser *causa de justificación* que éstos no quieran estudiar o que no quieran ir al colegio, pues es evidente que todavía no tienen criterio ni formación suficiente para que puedan adoptar esas decisiones por sí mismos. Por ello, deben ser los padres quienes velen porque acudan al colegio, lo que no se da cuando su actitud demuestra una total pasividad y despreocupación, siendo indiferentes a la formación de sus hijos, existiendo, de este modo, una actitud de inhibición y pasividad por parte de los padres⁷⁰. Así se evidencia el *elemento subjetivo de la culpabilidad* integrado por el conocimiento de que era su obligación atender a la educación de los menores llevándoles al colegio⁷¹ y su falta de interés y voluntad de cumplir con este deber, aceptando que el menor quedara privado de oportunidades para el desarrollo de su personalidad⁷².

Aunque es cierto que los padres, en general, pueden tener más dificultades para controlar a sus hijos **adolescentes** cuando ya se acercan a la mayoría de edad, esta rebeldía, desobediencia y rechazo a cualquier autoridad propia de la adolescencia, no exime a los padres de continuar velando por la correcta educación de sus hijos, de modo que los jueces exigen a los padres que realicen un esfuerzo en su educación, encontrando injustificadas aquellas conductas en las que no se demuestre un esfuerzo para controlar la asistencia a clase, limitándose a decir que la niña no quería ir a clase y que su situación familiar —por ausencia del padre— era conflictiva⁷³.

En sentido contrario, una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, absolvió a unos padres acusados del delito de abandono de familia del art. 226.1 CP, debido a que el absentismo escolar solo ha de achacarse a la propia decisión de la menor, que hacía caso omiso a las indicaciones que le hacía su madre, e incluso abandonaba las instalaciones escolares después de que la referida madre la dejara en el colegio. No obstante, en atención al *carácter doloso* de este delito, **el comportamiento penalmente relevante requiere, obviamente, que los padres hayan adoptado una actitud consciente de pasividad y despreocupación respecto del cumplimiento de tales deberes**, pues en otro caso no se podrá

⁷⁰ SAP Zaragoza 510/2009, de 24 de noviembre.

⁷¹ Con esa edad los niños deben ser llevados por los progenitores al colegio, por lo que su inasistencia no puede ser más que imputada a la negligencia en su cuidado de sus propios padres, SAP Valencia 2294/2011, de 27 de abril.

⁷² SAP Valladolid 298/2010, de 24 de septiembre. SAP Zaragoza, 311/2009, de 8 de octubre.

⁷³ “Ha existido una actitud de inhibición y pasividad por la madre, ya que tenía que haberse esforzado por cumplir con la obligación de escolarización y asistencia a clase que le compete”. SAP Zaragoza 2091/2012, de 6 de septiembre.

apreciar el *elemento subjetivo* inherente al tipo penal de referencia. Aun cuando la madre, podría decirse que había arrojado la toalla, y aunque no hubo una implicación esencial o falta de colaboración por parte de la madre, lo cierto es que no puede obviarse la edad de la menor que como adolescente, resulta a los padres difícil que asuma su obligación de acudir al colegio y principalmente que instrumentos pueden emplearse para ello⁷⁴. Así lo pusieron de manifiesto la Profesora y la Educadora al declarar en el juicio que “no se podría decir que era nula la implicación de los padres”. Por tanto, deduciéndose de todo ello que no consta justificación suficiente de que los mencionados acusados pudieran controlar e intervenir realmente en la decisión de la menor de no acudir a las clases del colegio en que estaba matriculada, ha de concluirse que no consta probada la concurrencia del citado *elemento subjetivo del tipo*, en cuanto a la pasividad o inhibición que les fue atribuida en el ejercicio de la patria potestad, y procede, consecuentemente, en aplicación del *principio “in dubio pro reo”*, estimar el recurso de apelación interpuesto, con la correlativa revocación de la sentencia de instancia y la absolución de ambos recurrentes⁷⁵.

4.3. ¿Una excepción? Los sistemas alternativos de educación

Educar equivale a desarrollar las facultades intelectuales y morales de una persona, y ello puede lograrse dentro o fuera del sistema educativo legalmente establecido, mientras que **escolarizar** es un término más restringido que, en nuestro ordenamiento jurídico, implica el proporcionar al individuo unos determinados conocimientos y competencias previamente definidos, proporcionados y evaluados por el Estado a través de unos determinados centros escolares homologados. Por lo tanto *la obligación de escolarizar tiene un sentido más restringido que la obligación de educar*⁷⁶.

La falta de escolarización de los menores, cuando viene motivada, en una libre decisión de los padres, que han optado por un sistema alternativo de educación, basando su decisión en consideraciones pedagógicas o académicas, y no viene unida a una situación de desamparo o riesgo social del menor, no puede entenderse como incumplimiento de deber legal alguno inherente a la patria potestad ni, desde luego, del de procurar una formación integral a los hijos, y, por tanto, no es susceptible de integrar el tipo penal del delito de abandono de familia del artículo 226 del Código Penal⁷⁷, pese a que ni anteriormente la LOGSE ni en la actualidad la LOE reconocen

⁷⁴ De esta opinión, MARTÍNEZ GONZÁLEZ y ÁLVAREZ BLANCO, *op. cit.*, p. 128, sostienen que “los padres y madres suelen reclamar, especialmente en esta etapa de la vida familiar, asesoramiento profesional sobre pautas de educación con sus hijos adolescentes”.

⁷⁵ SAP Ciudad Real 845/2012, de 14 de septiembre.

⁷⁶ SAP Teruel 51/2009, de 16 de diciembre.

⁷⁷ STS 1669/1994, de 30 de octubre. SAP Teruel 51/2009, de 16 de diciembre. SAP Valencia, de 11 de marzo de 2013. La declaración de desamparo por los tribunales presupone la existencia de dos

expresamente esta opción educativa⁷⁸. Nos encontramos por tanto ante un **vacío legal**, ya que la educación en casa (*homeschooling, home education*), pese a no estar expresamente prohibida, tampoco está claramente permitida⁷⁹, simplemente no está regulada, lo que ha llevado a algunos padres que han optado por este modelo educativo a enfrentarse a denuncias por la falta de escolarización de los menores, dando lugar en algunos casos a que se ordene judicialmente la escolarización de los menores y a acusaciones en vía penal por el incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad recogidos en el art. 226.1 CP.

4.4. Condición objetiva de procedibilidad o perseguibilidad

El **art. 228 CP** dispone que “*el abandono de familia solo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal*”.

En virtud del artículo 228, es necesaria la denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, pudiendo el Ministerio Fiscal plantear la denuncia cuando el agraviado sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, entendiendo la doctrina que nos encontramos ante un *delito de carácter semipúblico*.

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 escolar en que concurren los elementos necesarios para que sea precisa la tutela judicial del menor afectado.

4.5. Penalidad

El legislador ha establecido para este tipo de delitos como **penas principales**, con carácter alternativo, *la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses*, quedando a elección del Juez la imposición de una u otra.

elementos, de modo que no es suficiente acreditar 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 o peligro para el menor, no siempre se da 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. Vid. GOIRIA MONTROYA, *op. cit.*, p. 358.

⁷⁸ Como apunta, GOIRIA MONTROYA, *op. cit.*, p. 352, “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”.

⁷⁹ El artículo 27.4 de la Constitución exige que la enseñanza básica sea “obligatoria y gratuita”, mandato constitucional que no es *per se* un impedimento para que la citada enseñanza se produzca en el propio domicilio.

Aunque la decisión final sobre la pena a imponer corresponde al Tribunal sentenciador, en virtud del *principio acusatorio* que rige el proceso penal, el Juez se encuentra legalmente vinculado a la pena solicitada por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación⁸⁰, siendo la práctica habitual, tal como hemos observado en la casi totalidad de las sentencias examinadas, que el Ministerio Público solicite para los autores de este delito la pena de multa⁸¹, quedando sujetos, en caso de impago, a una *responsabilidad personal subsidiaria* de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Como **pena accesorio**, el segundo epígrafe del art. 226 CP, dispone que “*El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años*”.

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado (art. 46 CP). Estamos ante una **pena privativa de derechos** de carácter potestativo, ya que el legislador deja en manos del juez, según su criterio y las circunstancias del caso, la imposición o no de esta pena.

A efectos penales, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas⁸².

⁸⁰ La STC 155/2009 (Pleno), de 25 de junio, expresa que, la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del *principio acusatorio*, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal y, más concretamente entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los artículos 117 y 124 CE. Vid. acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la SAP Zaragoza 2033/2010, de 14 de mayo, que estimando el recurso de apelación interpuesto por los acusados, revocó la condena impuesta a cada uno de ellos de cuatro meses de prisión, condenándolos a la pena de ocho meses de multa, tal como solicitó el Ministerio Fiscal.

⁸¹ Una excepción la encontramos en la SAP Valladolid 1155/2010, de 24 de septiembre, en donde se condena a los acusados a la pena de tres meses de prisión, con la accesorio de inhabilitación especial durante igual tiempo para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

⁸² Vid. art. 46 CP, redactado conforme a la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La condena en proceso penal por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de la adecuada y obligada educación y escolarización de los hijos, no es causa suficiente, por si sola, para que proceda la privación de la patria potestad, ya que la jurisprudencia la contempla como una medida excepcional y temporal, con el propósito de proteger a los menores que se encuentren en una situación de riesgo o desamparo⁸³.

5. Recapitulación

El absentismo escolar entendido como el incumplimiento injustificado de la obligación de escolarización y asistencia a clase, puede acarrear responsabilidades penales para los padres (nunca para los hijos) que adopten una actitud consciente de pasividad y despreocupación respecto del cumplimiento de tales deberes u obligaciones. Pero esta posibilidad no significa, ni mucho menos, que cualquier ausencia escolar injustificada, sea constitutiva de delito. Además de los elementos objetivos y subjetivos mencionados en el epígrafe anterior: conocimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, voluntariedad, etc., **el absentismo escolar debe ser reiterado, persistente y duradero**, no esporádico o transitorio y completo. Esto significa que la condena por un delito de abandono de familia del art. 226.1 CP es el punto final o el vértice de un largo proceso, de años en algunos casos, cuyo desarrollo se podría sintetizar de la siguiente manera.

Cuando el menor ha estado escolarizado, y en un momento determinado sus padres deciden que no participe ya en el sistema escolar, o cuando las ausencias injustificadas al colegio, empiezan a ser frecuentes y reiteradas, es el centro escolar el que activa el **protocolo de absentismo escolar**, ya sea con la comunicación de la retirada del menor del centro escolar sin haber causado baja previa por el registro del alta en otro centro escolar, o con la comunicación de las ausencias injustificadas. Esta comunicación se dirige al órgano que gestiona la Inspección de educación en cada Comunidad Autónoma.

La activación del protocolo de absentismo escolar, que puede variar significativamente de una Comunidad Autónoma a otra, 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

⁸³ El carácter excepcional de la privación de la patria potestad es fácilmente observable al comprobar como en todas las sentencias condenatorias citadas en este trabajo, en ninguna se impuso esta pena. Adoptan los tribunales españoles un criterio muy restrictivo, llegando incluso el Tribunal Supremo a negar expresamente la posibilidad en la vía penal de privar de la patria potestad si el Código Penal no prevé expresamente dicha posibilidad, aunque como apunta RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. "Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal", *InDret* 2/2009, p. 3, "desde un punto de vista doctrinal podría defenderse la posibilidad de que el juez penal aplique la privación de la patria potestad".

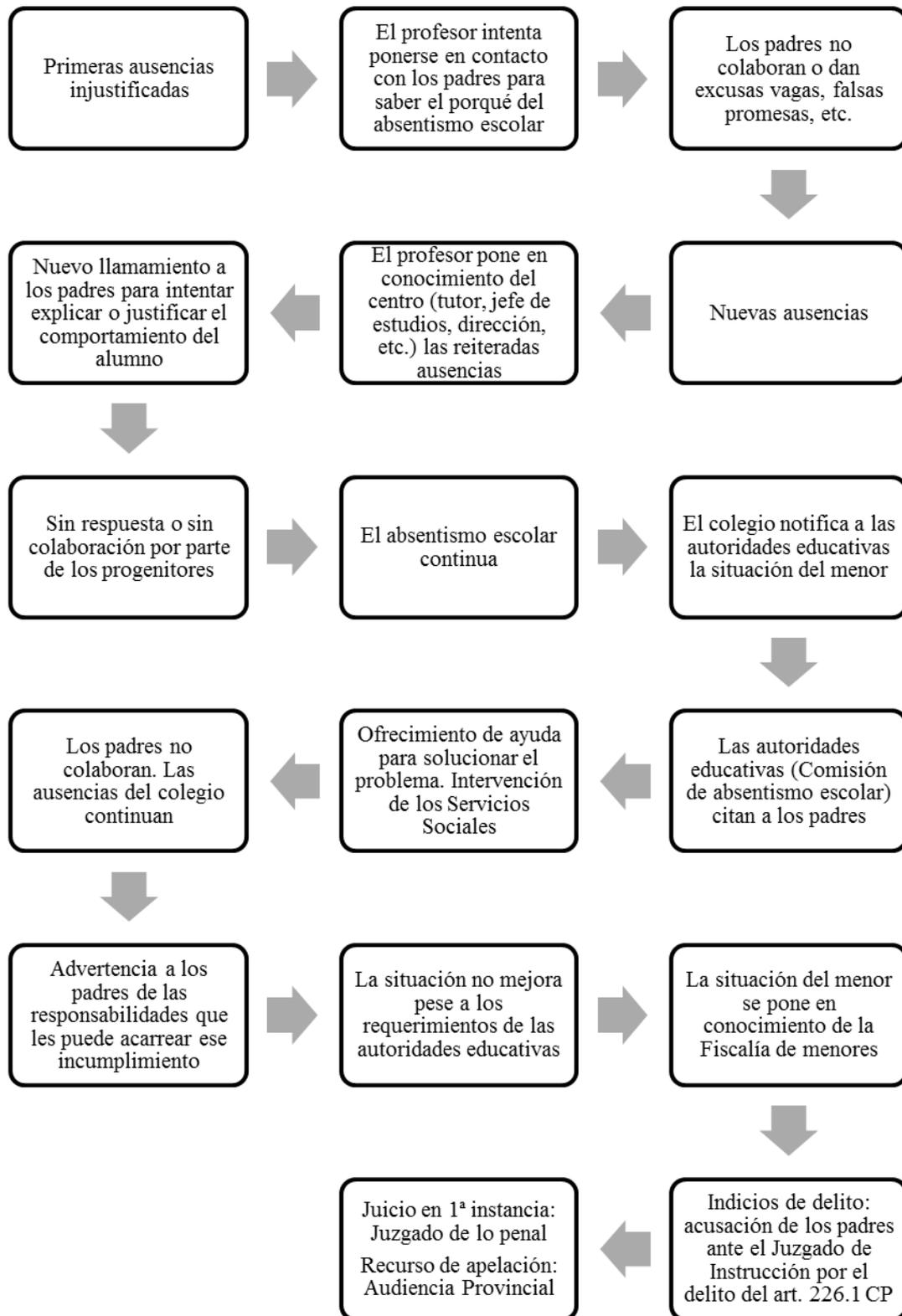
las consecuencias que pudieran derivarse si no proceden a hacerlo. Los Servicios Sociales pueden archivar el caso si comprueban que no es un caso de absentismo o desescolarización; de lo contrario enviarán el expediente con su informe correspondiente a la **Fiscalía de Menores**. En esta instancia, y tras haber citado a los padres y también a los menores, en su caso, se puede 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 ante el **Juzgado de Primera Instancia o Instrucción**, ya sea por vía penal o civil⁸⁴.

La intervención concreta de la Administración de Justicia corresponderá a los **Juzgados de Instrucción** (*jurisdicción penal*) 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** (*jurisdicción civil*) cuando se estime que se está 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 escolar en que concurren los elementos necesarios para que sea precisa la tutela judicial del menor afectado⁸⁵.

Si terminada la fase instructora, en vía penal, por el Juez de Instrucción, considera que hay suficientes indicios para acreditar la comisión de un delito contra las relaciones familiares del art. 226.1 CP y así lo sostiene el Ministerio Fiscal en el escrito de acusación, se dará traslado al **Juzgado de lo Penal** para la celebración de juicio y pronunciamiento de la sentencia, que podrá ser recurrida por las partes en segunda instancia mediante la interposición de un *recurso de apelación* ante la **Audiencia Provincial**. Sentencia que será firme e irrecurrible.

⁸⁴ GOIRIA MONTOYA, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁵ Vid. RIBAYA MALLADA, *op. cit.*, p. 588.



Evidentemente es un proceso largo y dilatado en el tiempo, en el que desafortunadamente, en la mayoría de las ocasiones, el absentismo escolar del menor

sigue presente, pero justificado por algunos de los principios básicos que orientan el Derecho penal, como son los *principios de intervención mínima y última ratio*, a cuyo tenor, el Derecho penal sólo debe intervenir en aquellos casos en los que el resto de sistemas de control (de índole civil, administrativo, etc.) hayan fracasado y ante los ataques más graves a los bienes jurídicos dignos de protección⁸⁶.

Seguramente se podría articular algún otro tipo de respuesta más ágil y eficaz, aunque, en mi opinión, pese a la dilación del procedimiento, el sistema parece que funciona⁸⁷, si nos atenemos al significativo número de procedimientos incoados y resueltos por los tribunales de justicia⁸⁸. No podemos judicializar, de entrada, todos los conflictos o problemas a los que nos enfrentamos, sino intentar encontrar soluciones a extramuros de la vía judicial, en la creencia de que los comportamientos de absentismo y abandono escolar tienen su campo de resolución generalmente más adecuado dentro del propio ámbito educativo escolar y familiar⁸⁹. El tratamiento debe ser fundamentalmente preventivo, ya que no debemos olvidar que la gran mayoría de los padres se implican activamente en la educación de sus hijos, mientras que tan sólo

⁸⁶ Cabe señalar que si bien en el ámbito penal rige el *principio de intervención mínima*, no cabe olvidar, que este principio debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del *principio de legalidad* por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho penal. Así pues, si el legislador ha tipificado en el artículo 226 del Código Penal el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, el Juzgador no puede, con el pretexto de dicho principio, despenalizar conductas en las que concurran los elementos objetivos y subjetivos de esa infracción. SAP Valladolid 1155/2010, de 24 de septiembre.

⁸⁷ Aunque el proceso tiende a burocratizarse y a dilatar los tiempos de la intervención, como señala GARCÍA GRACIA, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁸ Pese a que hemos encontrado un número bastante significativo de procedimientos resueltos por los tribunales, resulta revelador ver como una gran mayoría de las sentencias localizadas pertenecen a las mismas Comunidades Autónomas, mientras que en otras como la Comunidad de Madrid, Andalucía o el País Vasco, no hemos encontrado ninguna resolución sobre esta materia. Esta disparidad admite diversas interpretaciones: puede ser debido a un mayor o menor control y vigilancia sobre el absentismo escolar por parte de las distintas administraciones públicas educativas o, lo que en mi opinión se ajusta más a la realidad, debido a la disparidad de criterios entre las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, optando unas por perseguir en vía penal el absentismo escolar y otras por recurrir a otras soluciones a extramuros del Derecho penal. Si esto fuera así, sería recomendable una unificación de criterios de actuación emitida por la *Fiscalía General del Estado* que ostenta la presidencia de la *Junta de Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas*, cuya función no es otra que asegurar la unidad y coordinación de la actuación y funcionamiento de las Fiscalías en todo el territorio del Estado.

⁸⁹ Ha de reconocerse que por la naturaleza especialísima de las relaciones familiares, es esencialmente el *Derecho privado* el que ha de establecer el sistema de normas jurídicas que han de presidirlas.

una minoría desatiende sus deberes y obligaciones con la educación de sus hijos. A estos padres, que por diversas causas, no le dan apenas importancia a la educación, perjudicando grave e irremediablemente a sus hijos, al situarles en una posición de inferioridad ante las vicisitudes de la vida, es para quienes se hace necesario acudir al Derecho penal, como el último recurso para garantizar el Derecho a la educación de sus hijos.