



POSICIÓN DEL FISCAL ANTE EL ABSENTISMO ESCOLAR

Pedro Díaz Torrejón

Fiscal

Actividad: Jornadas de Especialistas en Menores, 27 y 28 de septiembre de 2017

RESUMEN. *El presente trabajo tiene por objeto el estudio del “absentismo escolar”, como fenómeno al que se enfrenta el Ministerio Fiscal en cumplimiento de su función de protección de los menores, en la que no sólo están en juego intereses particulares, sino también el interés de toda la sociedad que no es ajena a la formación, cuidado y desarrollo de cualquier menor. Se persigue analizar las distintas posibilidades que tiene el fiscal ante la recepción de la noticia relativa a un menor “absentista”, tanto en la esfera “no penal” (civil-administrativa), como una vez incoado el proceso penal, intentando aportar alguna solución, al tiempo que se dibuja el estado actual de la jurisprudencia sobre la materia.*

SUMARIO. **1. Posición del Fiscal ante el absentismo escolar: Expediente de Riesgo & Diligencias de Investigación:** - Expediente de Riesgo: noticias relacionadas con el absentismo escolar recibidas fuera de “canales oficiales de comunicación”. - Diligencias de Investigación: Expedientes recibidos desde el Equipo Técnico Provincial de Absentismo Escolar. **2. Riesgos en el Proceso Penal: Posible “minimización” del absentismo por los Jueces de Instrucción derivada del desconocimiento del arduo trabajo “administrativo”:** posibles soluciones. **3. Propuestas para erradicar el absentismo escolar desde la perspectiva del proceso penal:** - Posibilidad de hacer uso del Proceso por Aceptación de Decreto derivado de la previa incoación de Diligencias de Investigación. - Conveniencia de la petición de prisión. Posibilidad de condicionar la suspensión conforme al art 83.1.9ª (cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona), a la matriculación del menor en Centro Escolar y su posterior evolución, implicando un nuevo caso de absentismo un posible incumplimiento de la condición y revocación de la suspensión.- Publicidad de las sentencias condenatorias: publicación de las mismas en medios de comunicación . **4. Consecuencias jurídico penales del absentismo escolar: el delito de abandono de familia del artículo 226.1 del Código penal. ¿Integra el tipo penal la falta de escolarización por optar por la educación en casa (homeschooling o home education)?** **5. Breve análisis del estado actual de la Jurisprudencia en la materia. Reseña y resumen de los principales pronunciamientos de los Tribunales en materia de absentismo escolar.**

1. Posición del Fiscal ante el absentismo escolar: Expediente de Riesgo & Diligencias de Investigación.

- **Expediente de Riesgo:** noticias relacionadas con el absentismo escolar recibidas fuera de “canales oficiales de comunicación”.

- **Diligencias de Investigación:** Expedientes recibidos desde el Equipo Técnico Provincial de Absentismo Escolar.

Con carácter introductorio, y siguiendo a Del Moral¹, señalar que son dos las orientaciones básicas que presiden este tema:

De un lado, no es una función primaria y directa del Ministerio Fiscal la elaboración de medidas que salgan al paso del absentismo escolar. Es la Administración –tanto local como autonómica principalmente–, la que en una primera línea ha de dar respuestas para atajar ese fenómeno y en la legislación administrativa existen diversas herramientas también las sancionadoras (además de las de carácter más social) para abordar ese problema. Como apunta López Muñoz², ante el fracaso de las autoridades administrativas y la lentitud de la intervención administrativa, se comunica el absentismo al Fiscal con la esperanza de que esta institución resuelva el problema; pero nada más lejos de la realidad. El Fiscal inicia su investigación desde un punto de vista diferente al de los demás agentes: examina si concurren los supuestos legales para denunciar a los sujetos activos del delito e inicia el proceso penal con la única intención de que los Tribunales expresen el reproche penal a los autores, pero ni previene conductas absentistas ni busca concienciar a los padres, simplemente depura responsabilidades criminales.

Pero, de otro lado, el absentismo escolar, como cualquier otra situación perjudicial para el menor, no es un problema totalmente ajeno a las atribuciones e intereses del Fiscal.

Entre esas dos coordenadas, poco definidas, ha de delimitarse el espacio que puede corresponder al Fiscal. El Fiscal no está llamado a sustituir o suplantar a las Administraciones; pero tampoco puede permanecer indiferente eludiendo su ámbito de responsabilidades, limitado pero real. No son, sin embargo, fácilmente delimitables los contornos y fronteras de ese espacio, reducido, pero flexible.

Sentadas estas premisas, señalar que la recepción por parte del Fiscal de la existencia de un caso de absentismo, puede producirse por distintos canales de comunicación, lo que afectará a la decisión a adoptar por el propio Fiscal, pues si el expediente o la documentación recibida lo es desde la estructura “oficial” de la Administración en materia de absentismo, así por ejemplo desde el Equipo Técnico de la Comisión Provincial de Absentismo, lo será por haber agotado ya todos los mecanismos existentes en la Administración para corregir la situación de absentismo, y por lo tanto, la

1 Del Moral García, Antonio, “Menores, Ministerio Fiscal y absentismo escolar”, Editorial Sepín, Enero 2007.

2 López Muñoz, María José, “Absentismo escolar: consecuencias administrativas, civiles y penales”, Editorial Sepín, Septiembre 2013.

necesaria la entrada en juego, “como última ratio”, de la vía penal³, sin perjuicio de que, como luego veremos, el Fiscal decida no judicializar “directamente” el asunto.

En ocasiones, el conocimiento por parte del Fiscal del absentismo del menor tiene otro origen. Bien puede ser un atestado de policía local, un informe de los servicios sociales o, incluso, la propia comparecencia de uno o ambos de los progenitores, denunciando la situación en la que se encuentra el menor, y en la que concurre también el incumplimiento de la asistencia a clase. No obstante, en todos estos supuestos, la regla general no será la incoación de Diligencias de Investigación penal, sino la incoación de Expediente de Riesgo, expediente de protección que tiene naturaleza de Diligencia Preprocesal no penal. La existencia de un riesgo para el menor, derivado de una posible situación de absentismo, no debe determinar que siempre y en todo caso se incoen Diligencias de Investigación, pues primero será preceptivo comprobar si todos los resortes de la Administración han entrado en juego en aras a solventar la situación del menor. Por ello, en todos estos supuestos, procedería la incoación de Expediente de Riesgo, en el que, si de las diligencias resultase que estamos ante una situación de desamparo, podrá el Fiscal instar la asunción de la tutela por parte de la Administración competente. Recordemos que la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, señala en su artículo 18:

“En particular se entenderá que existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor:

g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria”.

No obstante, y a pesar del tenor literal de este precepto, resultan excepcionales (si es que existen) las declaraciones en desamparo que se dictan apoyadas únicamente en la existencia una situación de absentismo, exigiendo de ordinario la concurrencia de otros factores, que en unión de aquella situación, avalen la declaración en desamparo.

Pero en los demás casos –no hay desamparo; se persiste en la situación de absentismo; y las medidas administrativas se han revelado inidóneas–, casos que no serán infrecuentes, no es desdeñable una posible actuación ante la jurisdicción civil mediante la utilización del art. 158 del Código Civil: una situación de absentismo puede llevar a reclamar del Juez de Primera Instancia medidas que pueden consistir en el requerimiento o advertencia judicial a los padres responsables.

³ La Circular 4/2013 de la FGE, sobre las diligencias de investigación, señala como conclusión primera: “Cuando se reciba noticia de la comisión de hechos que pudieran tener relevancia penal, sea cual fuere la vía a través de la cual la noticia criminis llegue al Fiscal, habrán de incoarse diligencias de investigación, que deberán acomodarse a sus requisitos y exigencias. No deberán los Sres. Fiscales en estos casos incoar diligencias preprocesales”.

En cuanto a la actuación del Fiscal una vez incoadas las Diligencias de Investigación por delito contra los derechos y deberes familiares, caben dos posibilidades. O judicialización directa, o práctica de diligencias. La primera posibilidad queda reservada para los asuntos más groseros, aquellos en los que no quepa ninguna posibilidad de subsanación, y se precise un intervención directa de la vía penal (piénsese en un menor próximo a alcanzar los 16 años, cuyo absentismo es antiguo y con hermanos más pequeños susceptibles de incurrir en esta situación, y en los que consta en el expediente un actitud extraordinariamente pasiva de los progenitores, que no han atendido los distintos requerimientos que han recibido para subsanar la situación, manteniendo una actitud incluso desafiante con los distintos entes de la Administración, jefe de estudios, trabajador social de los equipos municipales de absentismo..).

Fuera de estos casos más severos, en la práctica ha demostrado tener gran resultado el citar a los progenitores en calidad de denunciados en la Diligencias de Investigación, para, en la declaración (normalmente exculpatoria, y cargando la responsabilidad del absentismo en la falta de interés del menor para la asistencia a clase), requerirles para que, en un plazo (normalmente 2 o 3 meses), se subsane la situación y así conseguir el archivo de las Diligencias por pérdida sobrevenida de objeto. Es curioso el importante efecto que tiene esta medida, desde el punto de vista de la prevención general, sobretodo en determinadas poblaciones (etnia gitana), en las que la incoación de este tipo de diligencias, con los requerimiento señalados *supra*, suelen conllevar un inmediato “regreso” de los menores (no lo solo el directamente afectado, sino también otros a los que “llega” la noticia) a la aulas. No se trata de hacer un “uso abusivo” de este tipo de Diligencias, pero sí de que el Derecho Penal sea una última ratio, evitando así el abuso de la Jurisdicción Penal para la resolución de este tipo de conflictos, quizás guiados por la firme convicción de que la imposición de penas (prisión o multa) difícilmente solucionará el problema.

2. Riesgos en el Proceso Penal: Posible “minimización” del absentismo por los Jueces de Instrucción derivada del desconocimiento del arduo trabajo “administrativo”: posibles soluciones”.

En el caso de que el asunto termine finalmente judicializado, mediante denuncia del Fiscal, en ocasiones nos encontramos el problema de que algunos Jueces de Instrucción archivan el asunto, por entender el mismo no tiene entidad penal, y porque la Administración debe adoptar las medidas necesarias para atajar el problema. El riesgo de “minimización” del problema, resulta del desconocimiento de la gran cantidad de recursos y medios que se emplean desde la Administración, que actúa como un gran iceberg, pues si bien en ocasiones sólo vemos la cúspide, debajo hay toda una estructura piramidal que ha intervenido antes o después para encarar el problema, y solo el fracaso en las gestiones realizadas, es lo que ha nos ha conducido a la vía penal.

Por ello, es importante que desde Fiscalía conozcamos cuál es el esquema de trabajo diseñado normalmente por los Planes Provinciales de Absentismo Escolar. A partir de aquí, podremos, en nuestro escrito de acusación, citar como testigos a las distintas personas que en su diferente condición haya intervenido en el expediente previo (tutor, jefe de estudios, director, trabajadores sociales..)

Esquema de intervención en situaciones de absentismo escolar: Plan Provincial de Absentismo Escolar de Huelva.

Tutoría de grupo

Jefatura de Estudios/Dirección

Equipo de Orientación Educativa

Equipo Técnico de Absentismo de la Comisión Municipal

Servicios Sociales Comunitarios

Comisión de Absentismo Municipal

Equipo Técnico de la Comisión de Absentismo Provincial

Comisión Provincial de Absentismo

Servicio Protección Menores/Fiscalía de Menores

El objetivo es que quede claro, tanto en fase de instrucción como en plenario, que se han agotado todos los recursos previos y que la dejadez no se da precisamente en la actuación administrativa, muy al contrario, ya que la misma es minuciosa y exhaustiva, siendo en ocasiones en exceso, lo que puede dilatar los procesos y dificultar los objetivos a alcanzar.

3. Propuestas para erradicar el absentismo escolar desde la perspectiva del proceso penal:

- Posibilidad de hacer uso del Proceso por Aceptación de Decreto derivado de la previa incoación de Diligencias de Investigación⁴.

Como ya se ha señalado, el trámite ordinario tras la recepción en Fiscalía de la documentación que acredita la situación de absentismo (cuando la *notitia criminis* llega desde los canales oficiales en esta materia), es la incoación de Diligencias de Investigación, las cuáles pueden finalizar siendo judicializadas vía denuncia del Fiscal. En este caso, lo usual es la incoación de Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción que tras la fase de investigación concluirán transformándose en Procedimiento Abreviado. No obstante, nuestra ley rituaría nos aporta, desde la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de Octubre, otra posibilidad que permitirá alcanzar ventajas de economía procesal e inmediatez en la respuesta sancionadora.

Se trata del Proceso por Aceptación de Decreto, regulado en el Título III bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 803 bis a a 803 bis j. Recordemos que el delito contra los derechos y deberes de familia (art 226 CP), entra dentro del ámbito de este nuevo procedimiento, pues el artículo 803 bis a, dice:

⁴ Posibilidad de la que se hace ya uso en algunas Fiscalías pioneras en la materia, entre otras, la Fiscalía Provincial de Jaén.

«En cualquier momento después de iniciadas diligencias de investigación por la fiscalía o de incoado un procedimiento judicial y hasta la finalización de la fase de instrucción, aunque no haya sido llamado a declarar el investigado, podrá seguirse el proceso por aceptación de decreto cuando se cumplan cumulativamente los siguientes requisitos:

1.º Que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

2.º Que el Ministerio Fiscal entienda que la pena en concreto aplicable es la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad y, en su caso, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3.º Que no esté personada acusación popular o particular en la causa».

El artículo 226 del CP prevé las penas de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses, por lo que el Fiscal sólo podrá proponer en el Decreto la pena de multa, pues el artículo 803 bis c, en relación con las penas propuestas, reza: «A los efectos de este procedimiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y, en su caso, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, reducida hasta en un tercio respecto de la legalmente prevista, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal».

Sin duda, la remisión al juzgado de Instrucción del Decreto de propuesta de imposición de pena dictado por el Fiscal, implicará unos importantes ahorros procesales, pues en el caso de que los encausados acepten la propuesta de pena, el Juzgado de Instrucción le atribuirá el carácter de resolución judicial firme, con todos los efectos de sentencia condenatoria, y habrá evitado las tres fase procesales, instrucción, intermedia y enjuiciamiento. Además no debemos olvidar que si el decreto de propuesta de pena deviene ineficaz por no ser autorizado por el Juzgado de Instrucción, por incomparecencia o por falta de aceptación del encausado, el Ministerio Fiscal no se encontrará vinculado por su contenido y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.

- Petición de penas por el Fiscal. Conveniencia de la petición de prisión. Posibilidad de condicionar la suspensión conforme al art 83.1.9ª (cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona) a la matriculación del menor en Centro Escolar y su posterior evolución, implicando un nuevo caso de absentismo un posible incumplimiento de la condición y revocación de la suspensión.

La práctica diaria y el despacho de este tipo de asuntos nos demuestra que en muchas ocasiones los asuntos “judicializados” en vía penal concluyen con sentencia condenatoria. A veces con pena de multa, que lo único que consigue es disminuir los recursos económicos de la familia, lo que indirectamente terminará perjudicando al menor “absentista”, y otras con pena de prisión, normalmente suspendida vía artículo 80

CP. No obstante, ni una ni otra posibilidad subsanan el problema de fondo. El menor seguirá siendo absentista (o con suerte no).

No obstante, en mi opinión, la consecución de una condena, debería “ayudar” al fin perseguido, que no debe ser otro que la corrección de la situación de absentismo. En otro caso, parece que todos los recursos del Estado (anteriores y posteriores al proceso penal) habrán sido malgastados y caerán en barbecho.

Por ello, entiendo que en la opción multa-prisión, la segunda será más efectiva, si, una vez conseguida, se condiciona conforme permite el artículo 83.1 9ª CP: “cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona”.

Esta cláusula abierta, permite al juez, condicionar la suspensión de la pena, al cumplimiento de un deber, que en este caso, sería el de matricular al menor y llevarle al centro escolar, asegurando su asistencia a clase, sin que ello atente a la dignidad como persona del penado, y siendo “conveniente” para lograr la rehabilitación social del penado, que evita así incurrir en un nuevo delito contra los derechos y deberes de familia. El incumplimiento de esta condición, implicaría la revocación conforme al artículo 86.1 b).

La generalización por los fiscales de esta opción (pena de prisión), con las condiciones señaladas (cumplimiento del deber de matriculación y asistencia a clase), contribuiría a dar efectividad al fin perseguido, asegurando así que “la vía penal” alcance objetivos mayores (subsanción del absentismo del menor).

- Publicidad de las sentencias condenatorias: publicación de las mismas en medios de comunicación.

Sin perjuicio de las medidas que en sede penal se pudieran adoptar, se ha revelado como medida de gran importancia desde el punto de vista de la prevención general, la publicación de las sentencias en medios de comunicación, por lo que sería conveniente que desde la Fiscalía se haga un seguimiento de estas causas, para, cuando recaer sentencia firme, a través del Fiscal encargado de las relaciones con la prensa, se haga llegar a los medios la citada sentencia, evidentemente una vez adoptadas las medidas necesarias para salvaguardar la identidad de las personas afectadas.

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

En el Código Penal anterior aparecía tipificada como falta la conducta de "los padres de familia que dejaren de cumplir los deberes de guarda o asistencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada". La pena asignada era la de arresto menor y multa, con posibilidad de suspensión de la patria potestad. Esta falta, sobre todo en sus últimos años de vigencia, fue "redescubierta" por los juzgados y fue profusamente utilizada para

abordar el fenómeno del absentismo escolar, cuando se encontraba alguna responsabilidad por parte de los padres.

Se entendía que la respuesta era proporcionada y el reproche penal tenía una fuerte carga simbólica que en ocasiones servía para atajar determinadas situaciones⁵.

En la actualidad, tal y como señala Vázquez González⁶, al igual que sucede con otras conductas socialmente relevantes, no existe en el Código Penal español un tipo penal autónomo para el absentismo o el abandono escolar. Ello no implica, evidentemente, que no reciban tutela por el Derecho Penal, ya que 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 educación, configurándose como comportamientos susceptibles de ser sancionados penalmente conforme al art 226 CP, que reza: **1. El que dejare de cumplir 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, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.**

Naturaleza: El delito de abandono de familia es un delito permanente de omisión, que aparece como una norma penal en blanco, debido a que uno de sus elementos típicos no aparece incluido en el precepto y debe completarse recurriendo a otros preceptos extrapenales. Como indica López Muñoz, el tipo debe ser integrado por la normativa contenida en el Código Civil en relación con los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad de cuyo núcleo se proyectan con especial intensidad, los deberes de educación, sostenimiento, guarda y custodia del menor.

Es un delito permanente, pues la vulneración del bien jurídico protegido se extiende en el tiempo por voluntad del sujeto activo, es decir, mientras se conculcan los deberes de asistencia. No cabe, por tanto, tentativa.

Para analizar si se ha consumado o no el tipo, es necesario atender a tres parámetros 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 impuesta por el artículo 154 CC.

No obstante, en término jurídico- penales no podríamos hablar ni de absentismo ni de abandono escolar en Educación Infantil, puesto que es una etapa de escolarización no obligatoria, 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.

5 Del Moral García, Antonio, *“Menores, Ministerio Fiscal y absentismo escolar”*, Editorial Sepín, Enero 2007.

6 Vázquez González, Carlos, *“Consecuencias jurídico-penales del absentismo escolar”*, Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España, ISSN-e 1885-0286, N°18, 2013.

Respecto de la gravedad del absentismo, es necesario que se trate de un incumplimiento total y absoluto, además de persistente y duradero (así, 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 ”).

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 a cuantificaciones de las Administraciones educativas-, pudiendo decidir, en el caso concreto enjuiciado, si el incumplimiento del deber de educación es grave o no.

Sujetos: el sujeto activo es el obligado a cumplir los deberes legales de asistencia recogidos en el Código Civil. Así se configura como un delito especial propio que sólo pueden cometer las personas que reúnan las condiciones o requisitos exigidos en el tipo penal: 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, así la SAP de Alicante 4612/2012, de 24 de Mayo, señala: “*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 su obligaciones de escolarización y educación de los menores*”.

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*”.

¿Integra el tipo penal la falta de escolarización por optar por la educación en casa (homeschooling o home education)?

En los últimos tiempos, hay quien ha optado por lo que se conoce como educación en casa o homesschooling, de forma que no se produce la escolarización del menor, sino que los padres asumen de forma integral la educación de los hijos sin delegar estas funciones en instituciones educativas.

Sin embargo, en nuestro país esta opción no tiene apoyo legal, al contrario de lo que ocurre en otros países⁷, si bien es cierto que no está expresamente prohibida. No obstante, el Tribunal Constitucional rechazó la existencia de una laguna legal en la materia, en la sentencia 133/2010, de 2 de diciembre de 2010, dictada con ocasión del recurso de amparo 7509-2005, promovido por don Antonio Gómez Linares y otras tres personas más respecto de las Sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga y un Juzgado de Primera Instancia de Coín en proceso sobre escolarización obligatoria de menores de edad, señalando: *“En efecto, pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del art. 27.4 CE, «incluye diez años de escolaridad», de tal manera que se «iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis» [apartado 2; en el mismo sentido, cfr. el vigente art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal –integrado, además, en la patria potestad– que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase”.*

El Tribunal Constitucional analiza en la citada sentencia una cuestión de suma importancia, como es la de si la opción por la educación en casa encuentra cobijo en alguna de las libertades constitucionales que el artículo 27 CE reconoce:

“a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que

7 - **Portugal.** En el país vecino se reconoce el derecho de los padres a orientar el proceso educativo de los hijos, según el Decreto Ley 556-80. Pueden educar en casa sometiendo a evaluaciones a los cuatro, seis y nueve años.

- **Francia.** El código de educación francés establece que la educación es obligatoria entre los 6 y los 16 años y que puede ser impartida por instituciones públicas o privadas y uno de los padres o la persona que ellos elijan.

- **Italia.** El modelo italiano permite desde 1994 la educación en casa, pero establece en un decreto ley la obligación de los padres de demostrar que tienen la capacidad técnica y económica para ejercer de profesores, además de informar cada año a la autoridad competente.

- **Reino Unido.** La educación en casa está recogida en *The Education Act* (1996), que señala que los padres de hijos en edad escolar deben facilitarles la educación a tiempo completo adecuada para su edad, habilidad y aptitudes o necesidades especiales en una escuela "o de otra manera", lo que deja la puerta abierta a quienes optan por el *homeschooling*.

- **Bélgica.** Hace más de 25 años que la educación a domicilio está permitida para las familias belgas. El artículo 1 de la Ley sobre la Obligación Escolar admite esta opción, pero señala que las condiciones las debe fijar el Gobierno.

respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.

b) La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho éste que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al «fracaso escolar de la “enseñanza oficial”» e imputadas a la «asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados». Más allá de este doble contenido, el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado”.

Además de esta posición del TC, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que “la apreciación de que los objetivos relativos a la educación no pueden ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar... no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos» (caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003).

En el ámbito penal, se plantea la cuestión de si este tipo de comportamientos, menores fuera del sistema “oficial” de enseñanza, que no se encuentran escolarizados y sin posibilidad de chequear si efectivamente están recibiendo educación (como equivalente al desarrollo de las facultades intelectuales y morales de una persona), entrarían o no dentro del tipo del artículo 226 del Código Penal.

En opinión de Vázquez González, 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 Penal. Por el contrario, otros autores⁸, manifiestan que esta opción no es viable y no está legalmente admitida ni reconocida por la legislación española, por lo que si los progenitores deciden acogerse a este sistema, podrían ser denunciados, juzgados y condenados como autores de un delito del art. 226 del Código Penal.

En mi opinión, no sería el requisito formal de la escolarización lo que motivaría la presencia o no de la conducta típica. El deber de educación, desde la perspectiva penal, puede no incumplirse por la no escolarización del menor, si a cambio ha recibido una formación efectiva que le ha permitido el desarrollo de sus facultades intelectuales. Con un ejemplo quizás sea más gráfico, un menor al que los padres deciden “no escolarizar”, pero que recibe en casa clases de inglés que le permiten obtener un nivel C1 por Cambriadge, ¿podría mantenerse que los padres no han cumplido su deber de educación para con el menor?, ¿y si con el resto de las materias ocurre lo mismo? Creo que la respuesta será, evidentemente, no. No obstante, los problemas pueden ser varios y de diversa índole.

El primer problema será cómo testar que esto está siendo así, pues no existen, a diferencia de otros países, tales controles o evaluaciones. A esta posibilidad, se refirió el TC en la STC 133/2010: *“Acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos”*.

Además tenemos el peligro de que todo absentista se disfrace de homeschooler, de forma que todos aquellos que no cumplan con su deber de educación, tendrían una excusa perfecta: “lo educamos en casa”, y con ello escaparían de cualquier control por parte de la Administración.

El segundo, es el aislamiento y la falta de socialización a la que se puede ver obligado el menor, siendo éste argumento utilizado por el TC en la sentencia 133/2010, de 2 de diciembre de 2010, para rechazar la opción de la educación en casa, pues la finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular: *“han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve*

⁸ López Muñoz, María José, “Absentismo escolar: consecuencias administrativas, civiles y penales”, Editorial Sepín, Septiembre 2013.

satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización”.

Para concluir, señalar que en definitiva será el legislador ordinario el que marcará el ámbito que debe corresponder a la educación en casa, de igual forma que en el momento actual ha establecido un período de escolarización obligatoria:

“La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un periodo de escolarización de duración determinada (cfr. arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (art. 27.1 y 2 CE). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial.

Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo”.

5. Breve análisis del estado de la Jurisprudencia en la materia. Reseña y resumen de los principales pronunciamientos.

1. Padres separados.

2. Padre en prisión.

3. Varios hijos.

4. Legitimación.

5. Absentismo acreditado.

5.1 Conocimiento de la progenitora.

5.2 Desestimación de la justificación por enfermedad de las ausencias a clase.

5.3 Fomento de la actitud de los menores de rechazo escolar: prueba.

5.4. Voluntariedad de los acusados: existencia de varios requerimientos (tb de Fiscalía).

6. Otras cuestiones procesales.

6.1 Posible indefensión derivada de la modificación de la calificación: no si el eje central continúa siendo el absentismo escolar.

6.2 Dilaciones indebidas.

1. Padres separados:

AP Sevilla, Sec. 7.^a, 453/2016, de 8 de noviembre.

Recurso 9117/2016. Ponente: MERCEDES ALAYA RODRIGUEZ.

La ignorancia de la existencia de los partes de absentismo de los menores por parte del progenitor conlleva a la revocación de su condena \ Aunque se le citó a diversas reuniones de tutoría a través de la agenda escolar de los menores, la progenitora condenada por la dejadez del cumplimiento de sus obligaciones con sus hijos no acudió a ninguna.

"... El recurso del primero sí debe prosperar. En virtud de la testifical de D^a Custodia , tutora de Carlos , y de la documental consistente en las exploraciones de los menores y declaraciones de los acusados en sede de instrucción propuestas por las partes, resulta acreditado que los padres se separaron en el año 2013 y que desde la separación vivieron con la madre, Estela y a partir de mayo de 2014 con el padre, Rómulo , siendo así que las faltas horarias de asistencia a clase están documentadas hasta el 2º trimestre del curso 2013-2014, no existiendo prueba de lo acontecido en el tercer trimestre ni que el padre conociera y consintiera las ausencias a clase de sus hijos. Si a

ello le unimos que en los cursos escolares 2009-2010 y 2010- 2011 no están acreditadas las faltas o ausencias de los menores a los centros escolares, mencionándose exclusivamente que existen partes de absentismo pero ignorando su número o su reiteración, debemos estimar el recurso formulado y absolver al acusado del delito por el que fue condenado, sin perjuicio de ordenar que se deduzca testimonio respecto de las ausencias que del curso 2015-2016 aparecen reflejadas en los folios 158 a 161 de las actuaciones respecto del menor Carlos"

Aunque se le citó a diversas reuniones de tutoría a través de la agenda escolar de los menores, la progenitora condenada por la dejadez del cumplimiento de sus obligaciones con sus hijos no acudió a ninguna

"... Por lo que respecta al recurso de D^a Estela, el mismo en cambio no puede correr la misma suerte, pues resulta acreditado que la misma sí tenía constancia de las reiteradas faltas de asistencia de sus hijos, pues en primer lugar en los dos primeros trimestres del curso 2013-2014 al que hemos circunscrito los hechos dignos de sanción penal, era con ella con la que vivían los niños, y las faltas de los dos mayores, del menor de 15 años y de la niña de 13 años, se producían según la testifical de la Jefa de Estudios del Instituto sobre todo a primera hora de la mañana. Según esta testigo además era con la Sra. Estela con la que casi siempre hablaban y ésta daba todo tipo de excusas, que se habían quedado dormidos, que habían tenido que llevar al pequeño al colegio, o que habían tenido que ir al médico sin justificar documentalmente estas citas sanitarias. En el mismo sentido se pronunció la tutora de la menor Valle, la cual afirmó en el plenario que se entrevistó una o dos veces con la madre, y que le pidió justificación de las ausencias de su hija y no las traía. Que Valle solía entrar diariamente a las nueve en vez de a las ocho de la mañana porque llevaba al hermano pequeño al colegio. La misma línea de falta de dedicación y cumplimiento de los deberes inherentes a la educación obligatoria de sus hijos, se aprecia con el menor Carlos que tuvo catorce ausencias no justificadas en el segundo trimestre del referido curso escolar, y aunque se le citó a diversas reuniones de tutoría a través de la agenda escolar, como se suele hacer en los cursos de primaria, a diversas reuniones de tutoría no acudió a ninguna. Por todo lo expuesto se desestima el recurso interpuesto, no obstante al reducirse el período de absentismo que se ha estimado penalmente relevante debe reducirse la pena a cinco meses de prisión. ..."

2. Padre en prisión:

AP Albacete, Sec. 2.^a, 158/2017, de 12 de abril

Recurso 195/2017. Ponente: MARIA OTILIA MARTINEZ PALACIOS.

El absentismo escolar grave, reiterado y prolongado de la menor al instituto que no resultó esporádico u ocasional confirman el delito del artículo 226 CP, pues el conocimiento de la madre de las faltas de asistencia prueba la conducta ilícita \ La guarda y custodia que ejercía la madre mientras el padre se encontraba en prisión la hacen responsable del delito imputado \ La dilación de la causa no imputable a la acusada, le permite la rebaja de la condena de la instancia

Ha quedado probado que se trata de un absentismo escolar grave, reiterado y prolongado en el tiempo, no esporádico u ocasional como lo demuestra el hecho de que durante el curso académico 2012-2013 acumuló un total de 717 faltas injustificadas, y durante el curso 2013-2014 715 faltas de asistencia, según afirmó el director del centro " DIRECCION000 " de la DIRECCION001 , Cesar . A lo que no obsta para tener por probado este hecho, que no declaran en juicio las tutoras de sendos cursos , porque conocimiento de ello no sólo lo tenían ellas, sino también el director, quién ratificó en juicio los informes emitidos al respecto.

Y todo ello , sin perjuicio de que la propia madre reconoció saber que su hija no asistía a clase , como también lo reconoció la propia menor ..."

La guarda y custodia que ejercía la madre mientras el padre se encontraba en prisión la hacen responsable del delito imputado

"... También se discute por la recurrente, que ella tenga responsabilidad en estos hechos. Así , dice que se encuentra en la misma situación que el padre. Sin embargo, la prueba practicada ha revelado que no es así , por cuanto quién, al menos, de hecho ejercía la guarda y custodia era ella, ya que el padre no vivía con la citada menor; que sólo lo hizo cuando la menor tuvo un problema con la madre en agosto de 2014 y el padre ya había salido de prisión , por lo que es claro que con quién vivía la menor en los cursos 2012- 2013 y 2013-2014 era con la recurrente, como ha quedado probado por la testifical de la educadora , lo reconoce ella misma , así como la menor.

Por tanto, era ella quién debía velar porque la menor fuera a clase, sin embargo, no lo hizo o, al menos, en la manera y medida que tal deber impone ..."

3. Varios hijos:

AP Valencia, Sec. 4.^a, 686/2015, de 20 de octubre

Recurso 296/2015. Ponente: JOSE MANUEL MEGIA CARMONA.

Las circunstancias personales del caso no permiten entender que la acusada sea indiferente a la formación de sus hijos, ya que solo posee problemas con uno de ellos por el absentismo escolar, no habiendo cometido el delito del artículo 226 CP

"... De las pruebas practicadas no se desprende la indiferencia de la madre respecto de la formación de sus hijos, solo uno de ellos incumple las directrices de la madre, por lo cual no puede afirmarse que una clara y patente su omisión penalmente relevante, pues no se cumplen los requisitos del delito del Art. 226 CP , pues no se aprecia una situación de indiferencia de la acusada hacia la formación de su hijos, por lo que entiende este Tribunal que el recurso debe ser estimado, absolviendo a la recurrente del delito del que venia interinamente condenada, declarando de oficio las costas de esta alzada. ..."

4. Legitimación:

AP Valencia, Sec. 2.^a, 636/2014, de 5 de julio

Recurso 446/2014. Ponente: MARIA DOLORES HERNANDEZ RUEDA.

El Ayuntamiento renunció a ser parte en el proceso y por tanto no tiene legitimación para apelar, porque estamos ante un delito relacionado con el absentismo escolar, que exige denuncia previa de la persona agraviada.

"... Planteados en los anteriores términos el recurso no puede prosperar:

1º.- El Ayuntamiento de Sagunto no es parte en el procedimiento, por haber renunciado a dicha condición mediante escrito de 24 de abril de 2014, y por tanto la formulación del recurso de apelación contra la resolución, que en definitiva admite su exclusión del procedimiento contraviene sus propios actos. El recurso de este modo formulado no debió ser admitido por lo que siendo causa de desestimación lo que es también de inadmisión, el recurso interpuesto carece de cualquier viabilidad, por falta de legitimidad del proponente del mismo.

2º.- Además los propios términos del recursos no son susceptibles de estimación en el presente, ya que lo que se pretende no es una estimación de una pretensión actual respecto de lo que es objeto de la causa en la que se plantea, sino una declaración general interpretativa que le legitime para intervenir en cualesquiera procedimientos de menores que estime en situación de abandono dentro de su territorio, obteniendo así un derecho que las normas citadas, artículos 101 y siguientes de la Lecrim y 228 del CP no le otorgan. ..."

"... La pretensión así expuesta no puede ser estimada puesto que en realidad el recurrente lo que pretende es que se deje sin efecto el artículo 228 del CP en relación al artículo 226 del mismo texto para dar cabida a otros legitimados que hicieran más efectivo el ejercicio de la acción penal frente al absentismo escolar, lo que no es sino una cuestión de política legislativa a la que es ajena la potestad jurisdiccional, cuya interpretación de las normas penales encuentra su límite en la aplicación analógica de supuestos que aún por motivos de utilidad social o mejora en la represión penal de conductas no estén expresamente incluidas en las normas penales. ..."

5. Absentismo acreditado:

5.1 Conocimiento de la progenitora.

AP Jaén, Sec. 3.ª, 72/2016, de 9 de marzo

Recurso 26/2016. Ponente: JESUS MARIA PASSOLAS MORALES.

El absentismo escolar acreditado no puede ser justificado de parvo, nimio o venial y la progenitora era concedora del mismo

"... La hija menor de los condenados Justa , matriculada en el Centro Educativo I.E.S. "Sierra Morena" de la localidad de Andújar, consta al folio 83, faltó a las clases que se impartían desde el día 17/09/12 al 22/01/13 en treinta ocasiones, todas sin justificar, y días completos en su ausencia, y desde el día 28/01/13 al día 21/03/13 con igual número de días, conducta de absentismo que ya se producía desde el año 2010, lo que fue denunciado por la Dirección General de Política Interior (véase folios 89 en adelante), siendo declarado por sus progenitores a presencia judicial que la ausencia de la menor es porque vive en pareja (véase folio 100), así como que por el colegio fueron informados de tal situación el día 12 de marzo de 2013, lo que igualmente se reconoce por la madre de la menor (véase folio 102). Constando en lo actuado (véase

folio 28 y siguientes, escrito dirigido a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Jaén información relativa a la menor, en la que se hace expresamente se menciona que la relación de la familia con el centro es nula (véase folio 30). Situación pues, que era conocida y consentida por los progenitores de Justa , quienes no asistieron al acto del juicio.

Por lo que habrá de ser desestimada la alegación de error de hecho en la apreciación de la prueba, pues del absentismo escolar acreditado no puede ser justificado de parvo, nimio o venial, sin que de otra parte se haya instado el auxilio de los servicios sociales para que de forma efectiva corrigieren la conducta de la menor en la forma que procediere, pues no puede olvidarse que el interés más digno de protección es precisamente el de Justa . Por lo que no se estiman las alegaciones de los recurrentes. ..."

5.2 Desestimación de la justificación por enfermedad de las ausencias a clase.

AP Pontevedra, Vigo, Sec. 5.ª, 582/2015, de 22 de octubre

Recurso 550/2014. Ponente: JOSE CARLOS MONTERO GAMARRA.

El absentismo del menor al centro escolar, no está justificado por el asma crónico que padece, ya que muchas de las faltas de asistencia no tuvieron que ver con este hecho, confirmándose el delito de abandono de familia imputado

"... Si tenemos en cuenta que a través de la documental, unida a las actuaciones, se comprueba que muchas de las ausencias sin justificar del menor, no se refieren a jornadas escolares completas, que de acuerdo con la testifical rendida por la médico que atendió al menor a partir de los 15 años de edad la enfermedad -asma crónica- que padece aquél no justifica un absentismo escolar tan alto, (como el que pone de manifiesto la profesora Guadalupe) y que muchas de las ausencias que se dieron por justificadas no se corresponden con días en que el menor hubiera recibido asistencia o atención médica, resulta difícilmente creíble lo alegado por la parte recurrente, cuando además los propios acusados en comparecencia realizada ante el Servicio de Familia y Menores de la Xunta, el día 19 de septiembre de 2012, se comprometieron a que sus hijos asistan diariamente a clase, y que, el absentismo escolar no solo se refería a Jeronimo , sino también a otro hijo del matrimonio, Pedro Antonio , quien no consta que sufriera enfermedad alguna ...".

5.3 Fomento de la actitud de los menores de rechazo escolar: prueba.

- AP Zaragoza, Sec. 3.ª, 84/2015, de 30 de abril

Recurso 78/2015. Ponente: JOSE RUIZ RAMO.

Que los acusados fomentaban la actitud de los menores de rechazo escolar está avalado por numerosa prueba, corroborado por testifical de la unidad de absentismo escolar y la directora del centro escolar

"... Vienen a alegar los recurrentes como motivo de su recurso el error en la apreciación de la prueba, respecto del cual tiene reiteradamente dicho esta Sección, que aunque el recurso de apelación tiene carácter ordinario y puede realizarse en él una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, sin embargo, como consecuencia de

la trascendental importancia que en la ponderación de las pruebas personales tiene la percepción directa por el Juez de las diversas declaraciones de las partes y de los testigos, y la inexistencia en nuestro Derecho Penal de pruebas tasadas o de reglas que determinen el valor cierto que hay de darse a cada prueba, la revisión, tratándose precisamente de este tipo de pruebas de carácter subjetivo, queda limitada a examinar, en cuanto a su origen la validez y regularidad procesal, y a verificar, en cuanto a su valoración, si las conclusiones que el Juez ha obtenido resultan congruentes con los resultados probatorios y se ajustan a los criterios generales de razonamiento lógico según reglas de experiencia comúnmente admitidas. Por ello la revocación del Fallo sólo cabría cuando el juicio formado y la convicción judicial fueren contrarios a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia, o, lo que es igual, cuando el proceso valorativo no se razone adecuadamente en la sentencia.

En este caso el simple análisis de la sentencia recurrida y de la grabación en que se refleja el resultado del juicio celebrado, llevan a la conclusión de que la convicción judicial acerca de la ocurrencia de los hechos que se relacionan como probados se encuentra lógicamente apoyada en la prueba practicada, explicándose clara y razonadamente su inferencia, pues nos encontramos con numerosa prueba documental que avala los hechos que se han declarado probados y que vienen corroborados por las testimoniales de la responsable de "Unidad de Absentismo Escolar" de la D.G.A. Sra. Magdalena , de la Directora del Centro Escolar "CEIP Valdespartera" Sra. Eva María y por el Director del Centro Escolar "CEIP Montecanal" Sr. Rosendo , que pusieron de manifiesto que los acusados fomentaban la actitud de los menores de rechazo escolar, lo cual es totalmente incompatible con una paternidad responsable. ..."

5.4. Voluntariedad de los acusados: existencia de varios requerimientos (tb de Fiscalía).

AP Jaén, Sec. 2.^a, 319/2016, de 13 de diciembre

Recurso 956/2016. Ponente: SATURNINO REGIDOR MARTINEZ.

No existe duda de la voluntariedad de los acusados de comisión del delito de abandono de familia, por el absentismo escolar pues fueron requeridos por los Servicios Sociales, por la Policía Autonómica y la Fiscalía, haciendo caso omiso de los mismos

"... Pues bien, en el presente caso, existen claros indicios de que los acusados han desatendido, con el consiguiente quebranto para la formación integral de su hijo, las obligaciones de escolarización del mismo permitiéndole no asistir con asiduidad al centro escolar en el que estaba matriculado en los cursos escolares 2006 a 2015, como se desprende de los partes de inasistencia incorporados a los autos como prueba documental.

No cabe duda de la voluntariedad de los acusados en la comisión de los hechos imputados pues eran perfectamente conocedores de su deber como padres, fueron requeridos en tal sentido por los Servicios Sociales, la Policía Autonómica y por la Fiscalía, haciendo caso omiso a tales requerimientos, sin que su condición de temporeros les exima de su responsabilidad pues su traslado a otras localidades no les impedía matricular a su hijo en el colegio correspondiente.

En definitiva la prueba practicada en autos sobre la responsabilidad penal de los acusados ha sido contundente, sin que la misma quede desvirtuada en modo alguno por los mismos.

Por tales motivos procede desestimarse el primer motivo de apelación articulado. ..."

6. Otras cuestiones procesales.

6.1 Posible indefensión derivada de la modificación de la calificación: no si el eje central continúa siendo el absentismo escolar.

AP Albacete, Sec. 1.ª, 15/2015, de 28 de enero

Recurso 384/2014. Ponente: MANUEL MATEOS RODRIGUEZ.

Que el Fiscal añadiese en las calificaciones definitivas, que la acusada no matriculó a su hija en otro centro, no provoca indefensión, pues el eje central de la calificación gira en torno al problema de absentismo escolar

Que el Fiscal añadiese en las calificaciones definitivas, que la acusada no matriculó a su hija en otro centro, no provoca indefensión, pues el eje central de la calificación gira en torno al problema de absentismo escolar

"... La alegación se basa en la circunstancia de que el Sr. Fiscal modificó sus conclusiones provisionales al formular la calificación definitiva, y lo hizo añadiendo al relato de hechos un párrafo en el que se decía que en el curso académico 2009/2010 la acusada no matriculó a su hija en ningún centro académico.

Difícilmente puede hablarse de indefensión, puesto que tanto la denuncia inicial como la declaración como imputada de la recurrente o la prueba del plenario, propuesta por el Fiscal en la calificación provisional, giró precisamente en torno a esa cuestión.

Efectivamente, entre la documentación que se acompañó a la denuncia que encabeza las actuaciones figura el informe de los servicios sociales municipales en el que se reflejan las gestiones efectuadas para intentar conseguir que la recurrente matriculara a su hija en el curso escolar 2009/2010 (folios 35 y 36). E igualmente, la declaración como imputada de la recurrente versó sobre esa cuestión, haciendo referencia a ella al menos en dos ocasiones. Por otra parte, las autoras del aludido informe fueron propuestas como testigos por el Fiscal y depusieron como tales en el acto del juicio.

Entiende este Tribunal, además, que la actuación del Ministerio Fiscal está amparada por lo previsto en el art. 788,4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que permite modificaciones de mucho más alcance que el de la operada en el caso de autos, que no tuvo repercusión en las pretensiones de la acusación. ..."

6.2 Dilaciones indebidas.

AP Albacete, Sec. 2.ª, 158/2017, de 12 de abril

Recurso 195/2017. Ponente: MARIA OTILIA MARTINEZ PALACIOS.

La dilación de la causa no imputable a la acusada, le permite la rebaja de la condena de la instancia

"... El examen de las actuaciones, con la paralización apuntada desde que se remitió por el Juzgado de Instrucción de DIRECCION001 en fecha 15 de junio de 2015 hasta el 19 de Mayo de 2016 que el Juzgado de lo Penal dicta Auto admitiendo la práctica de las pruebas propuestas, es causa suficiente para la estimación ya que han existido paralizaciones del procedimiento no imputables al acusado.

Ello debe tener reflejo en la pena, que en aplicación del artículo 66,1,1ª, debe ser en su grado mínimo, 6 meses. Es decir, la horquilla penológica va de seis a doce meses, y habiéndole impuesto la juez a quo siete meses sin estimar esta atenuante, al estimarla, consideramos que debe rebajarse al mínimo de seis meses. ..."

