



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

XDO. DO PENAL N.1

VIGO PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 25-2023.

SENTENCIA: 00165/2023

En VIGO a veinte de junio de dos mil veintitrés.

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY

La ILMA. SRA. DÑA. ANA MARÍA LORENZO CAROU, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de lo Penal n° 1 de VIGO y su partido judicial, ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A N° 25/2023

Vista en Juicio Oral y Público, ante la ILMA. SRA. DÑA. ANA MARÍA LORENZO CAROU, MAGISTRADA-JUEZ de lo Penal n° 1 de esta capital, el PROCEDIMIENTO ABREVIADO N° 25/2023, seguido en éste Juzgado por el delito de abandono de familia, contra AAA, con D.N.I. n° XXX y domicilio en XXX N°XX XXX, nacido en MIAMI (ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA), hijo de XXX y de XXX, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora CELSA MUÑOZ LEIRA y defendido por el Letrado LUIS DE MIGUEL ORTEGA; y contra BBB, con N.I.E. n° XXX y domicilio en XXX N°XX XXX, nacida en CUBA, hija de XXX y de XXX, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora CELSA MUÑOZ LEIRA y defendido por el Letrado LUIS DE MIGUEL ORTEGA; y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de ABANDONO DE FAMILIA, previsto y penado en el art. 226 del Código Penal, reputando responsable en concepto de autores a los acusados **AAA y BBB**, estimando que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y solicitó se le imponga, a cada uno de los acusados, la pena de 10 meses de multa con cuota diaria de 10

€, con la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, con la imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- La defensa del acusado, en igual trámite, solicitó la libre absolución de su patrocinado con todos los pronunciamientos favorables.

II.- HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se declara probado que XXX y XXX, son hijas de BBB y AAA.

Ambas menores se encontraban escolarizadas en el CEIP XXX donde cursaban segundo y sexto de primaria. En enero de 2022 sus progenitores decidieron que abandonasen sus estudios oficiales y comenzasen a atender clases online por la XXX de California - USA-, dejando de asistir a clases del centro de XXX desde el 17 de enero.

El 19 de enero de 2022 el centro escolar recibió un comunicado del centro XXX comunicando la inscripción de las alumnas y solicitando sus expedientes académicos, y el 21 de enero los acusados entregaron un escrito solicitando la baja de sus hijas indicando su matrícula en esta Academia americana.

El 3 de marzo el director del CEIP les indicó la no procedencia de la baja en el centro, y convocó a los progenitores a reuniones en las que se explicó la improcedencia de la enseñanza telemática, y el 19 de mayo de 2022 acudieron a una comparecencia en Fiscalía de menores siendo advertidos en el mismo sentido, pese a lo cual continuaron sin llevar a sus hijas al colegio.

III.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos relatados no son constitutivos de infracción penal.

Los acusados comparecen al acto del juicio oral y admiten, tal como se describe en el escrito de acusación, que las menores dejaron de acudir al centro educativo homologado CEIP XXX donde venían cursando sus estudios.

En su declaración han justificado su decisión en desavenencias con el centro o problemática de las menores, sin embargo, lo cierto por acreditado, amplia testifical desplegada en el acto del juicio oral, es que consideraron más oportuna, idónea y adecuada la educación en un centro privado no homologado de su elección más acorde a sus convicciones (como llega a reconocer la acusada en juicio).

Aluden a su desacuerdo con la política Covid seguida por el Centro, toda vez una de las menores no fue dispensada de llevar a mascarilla a pesar de que padecía patologías que lo desaconsejaban, lo que ni siquiera se ha justificado a través de documentación médica en este procedimiento, y asimismo ha sido desvirtuada por la prueba testifical en el sentido de que todos los testigos han declarado que se activó el protocolo y le pidieron un certificado médico preceptivo que nunca se llegó a aportar.

Se ha alegado también por los acusados las dificultades de seguimiento e integración de las menores en el centro,



señalando que sus bajas calificaciones se debían a que precisaban de un refuerzo que no se les dispensaba en la medida de sus necesidades especiales, por las dificultades de adaptación e integración cuando vinieron del extranjero. No es de recibo, porque las menores llevaban varios años escolarizadas en el centro, y porque ha sido desvirtuado por los testimonios plenarios. El tutor de XXX refiere que las bajas calificaciones no eran debidas a su falta de capacidad o un retraso por falta de adaptación, sino por falta de trabajo; se trae a colación una sobrevenida falta de motivación y problemas de relación, pero ninguno de los testigos ha señalado nada de esto. La tutora de la hija pequeña, XXX, declara que esta no tenía ningún problema y que estaba perfectamente integrada a nivel académico y social.

De este modo, es evidente que esta argumentación parece oportunamente orquestada para justificar y reforzar una libre decisión de los padres, que decidieron optar por un sistema alternativo de educación, basando su decisión en consideraciones pedagógicas o académicas al margen del sistema educativo.

SEGUNDO.- El tipo del art. 226 ha de consistir en el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad; resultando pacífica la postura que comprende, dentro de ellos, no solamente los materiales o económicos, sino que se extienden a otros deberes como pueden ser la educación y la formación de los hijos, pues dentro del concepto o núcleo del derecho-deber que constituye el contenido de la patria potestad se encuentra el de la educación de los hijos entendida en un sentido integral, constituyendo la asistencia al Centro Educativo uno de los pilares esenciales de dicha formación debiéndose tener en cuenta que la Ley extiende la enseñanza básica hasta el curso en que se cumple la edad de 16 años. Resulta pues incuestionable que el deber de educar y formar a los hijos sobre los que se ejerce la patria potestad está incluido entre los deberes de asistencia a que alude el art. 226, pues se trata de deberes que están previstos en los art. 154.1 de C Civil y 39.3 de la Constitución.

Resulta también incuestionable que la desatención no tiene que ser estrictamente económica, sino que puede afectar a otros ámbitos precisos para el desarrollo integral del menor.

En este sentido se pronuncia la STS de 12 de julio de 2011: "La jurisprudencia de esta Sala ha equiparado a la situación de abandono material al dejar desamparada a una persona, sin el apoyo o la protección de quien tiene la obligación de dársela, equivalente al abandono personal dejando a su suerte al menor que se ve privado de toda atención y cuidado por parte del sujeto activo. El abandono, por tanto, también debe alcanzar a situaciones que sin ser del abandono propiamente dicho provoquen una situación de desatención por incumplimiento de los deberes de protección, esto es, cuando un menor o incapaz no recibe las debidas atenciones por parte

de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en UNA SITUACIÓN EXTREMA DE DESAMPARO Y DESPROTECCIÓN”.

Avanzando un poco más, una de las esferas en las que puede producirse la desatención es en la educación, siendo una de sus representaciones más habituales el absentismo escolar. La asistencia regular a la escuela es uno de los pilares fundamentales en la educación del menor. La consolidación de los hábitos educativos es tarea fundamental de los progenitores. Por ello, fomentar o no poner coto al absentismo escolar reiterado, supone un incumplimiento de los deberes asistenciales, que puede truncar las posibilidades que al menor ofrece el aprovechamiento de la vida en el ámbito educativo, tanto, por la recepción de unos conocimientos, como en los importantes patrones de conducta que puede adquirir de la relación con sus profesores e, incluso, con los compañeros; con una relación lúdica, pero siempre incardinada en un ámbito de formación cultural y ciudadana.

Partiendo pues del derecho a la educación y la obligatoriedad de la escolarización en centro homologado, la cuestión se centra fundamentalmente en determinar cuál es el TERRENO COMPETENCIAL ADECUADO PARA JUZGAR LA DESESCOLARIZACIÓN.

En el ámbito penal el problema jurídico de fondo consiste en determinar si la conducta de una persona que no escolariza a sus hijos en un centro oficial o privado autorizado, pero sí lo hace en una asociación que sigue un currículo similar al oficial (como es el caso, según la documental aportada con carácter previo), aunque sin personal titulado, atenta contra el artículo 226 del Código Penal, o si, por el contrario, al atentar contra el art. 23 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Educación, debe ser competencia del ámbito de lo administrativo o ser resuelto por la jurisdicción civil.

La STS 1669/1994, de 30 octubre de 1994, referente a la intervención del Derecho penal en casos como el que nos ocupa, manifiesta que la Jurisdicción de lo Penal sólo ha de ser utilizada cuando todas las demás instancias hayan sido agotadas y exista un daño efectivo, real y trascendente. La Sala se decanta en favor de que este tipo de temas sea resuelto en otras jurisdicciones o instancias diferentes a lo penal, como pueden ser el ámbito civil o el administrativo.

El Ministerio fiscal considera que es suficiente para la consumación de este delito que los progenitores hayan sido informados del carácter obligatorio, y a sabiendas de ello, desescolarizaran a sus hijas -como así ha sido-; no obstante, entiende esta juzgadora que es la motivación y la conducta de los padres, respecto a la educación de sus hijos, lo que diferencia netamente el *homeschooling* de la negligencia o abandono. Éste implica no tanto una negativa al estudio o a su obligatoriedad como a la escolarización o reglamentación que se le asocia.



Es cierto que hallamos en la jurisprudencia menor condenas de casos de absentismo laboral de menores conforme al artículo 226 del Código Penal, pero mayoritariamente se trata de casos GRAVES, y lo que se viene sancionando es básicamente la inacción de los padres y la desatención de sus obligaciones paterno filiales, exigiéndose mayoritariamente acreditar una reiterada desidia y pasividad de los padres que omiten todos los actos necesarios para poner fin a una situación de absentismo.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia de 18 de noviembre de 2021, establece que no cabe duda de que el deber de educación de los hijos es uno de los deberes de asistencia que ha de considerarse que forma parte de los deberes integrados en la patria potestad, y condena porque el mismo ha sido incumplido sin que conste causa que pudiera justificar las ausencias reiteradas de la menor al centro escolar. Ese mismo Tribunal, en sentencia de 16 de diciembre de 2014, establece que la entidad jurídico penal del absentismo escolar se encuentra en una injustificable tolerancia por parte de los titulares de la patria potestad, valorando a nivel objetivo el esfuerzo de los progenitores por vencer la resistencia del menor.

La sentencia de la Audiencia provincial de Palencia de 4 de junio de 2007 nos dice que lo que es objeto de sanción penal no es que los niños no estudien, sino que lo que es objeto de sanción es que los padres sean absolutamente indiferentes al hecho de que los niños no asistan a clase, pues de tal conducta se infiere su absoluta despreocupación para con la enseñanza de sus hijos quebrando así el deber asistencial que le impone el artículo 154 del Código Civil.

Esa misma Audiencia en reciente sentencia de 6 de julio de 2022 hace referencia al dolo de los acusados al no asumir sus obligaciones paternofiliales, al ser requeridos por el centro sin asistir siquiera a las llamadas, suponiendo una despreocupación respecto del cumplimiento de tales deberes y una consciente pasividad.

La Audiencia provincial de Madrid en sentencia de 20 de octubre de 2015 condena el absentismo escolar al observar en los padres una actitud de falta de implicación en la educación de sus hijos y de pasividad de forma permanente.

Esa misma sala en otra resolución absuelve, dice que no nos hallamos ante una dejadez de los padres sino ante una mala gestión de la problemática médica, esto es más un exceso de celo que un abandono de sus funciones parentales.

En igual sentido, las SSAP de Palencia Secc. 1ª de 22-4-08, Sevilla Secc. 7ª de 17-9 - 08, Zaragoza -Secc. 3ª 18-3-09, Zaragoza Secc. 6ª 31-7-09, León de 9-11-2010 y 26-10-2010, Valladolid de 24-09-2010, Álava, secc. 4ª de 1-04-2009 y Sección 1ª de 11-06-2008, Granada, Sección 1ª de 22-09-2006; STAP de Teruel, Sección 1ª, de 16.12.2009, o auto de la

Sección 2ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 27.12.2011.

Esta línea jurisprudencial incide en que lo que es objeto de sanción no es que los niños no estudien, sino que los padres sean absolutamente indiferentes al hecho de que los niños no asistan a clase y, que, de su comportamiento se infiera una absoluta despreocupación para con la enseñanza quebrando así un deber asistencial básico relativo a la educación que les impone por su condición el artículo 154 del Código Civil y el artículo 39.3 de la Constitución.

Cuestión distinta son los casos en los que la conducta de los padres no está debidamente acreditada y cuando se produce lo que podríamos considerar como "desescolarización responsable", es decir, cuando los padres, en sustitución de la escuela, ofrecen a sus hijos enseñanza y educación alternativas, basándose para ello en las directrices del sistema educativo oficial (documentación aportada por la defensa con carácter previo).

La SAP Barcelona 351/2016, 5 de mayo, absolvió a la recurrente tras haber sido condenado en Primera Instancia en base al delito de abandono de familia de acuerdo con el principio de intervención mínima que rige en esta materia, y que el ámbito penal debe quedar limitado a los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos.

La Audiencia Provincial de Teruel, en resolución de 126/2009, de 9 de octubre "entrando en el fondo del asunto, esta instancia judicial señala que no le corresponde a ella pronunciarse sobre si los padres tienen derecho a educar a sus hijos al margen del sistema educativo establecido por el Estado". Indica que su verdadera competencia es la de "determinar si la falta de escolarización obligatoria determina necesariamente la comisión de un delito de abandono de familia" o, si se prefiere, "si la obligación de educar que contemplan los preceptos legales que definen el contenido de la patria potestad equivale a la obligación de escolarizar a los hijos en un centro homologado para recibir las enseñanzas primaria y secundarias obligatorias". Esta Audiencia Provincial se decanta por la no obligatoriedad de la escolarización, argumentado que educar equivale a desarrollar las facultades intelectuales y morales de una persona y ello puede lograrse dentro o fuera del sistema educativo establecido por el Estado, 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 homologados por el mismo".

Concluye en que "LA OBLIGACIÓN DE ESCOLARIZAR TIENE UN SENTIDO MÁS RESTRINGIDO QUE LA OBLIGACIÓN DE EDUCAR. Ciertamente la falta de escolarización supone la infracción de un precepto



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTITIA

legal, pero no todas las infracciones legales constituyen delitos, y prueba de ello es que el propio legislador, que se ha cuidado de establecer en numerosas normas la obligatoriedad de la escolarización de los menores entre los seis y los dieciséis años, no se ha atrevido a definir, con carácter general, la sanción del incumplimiento de dicha obligación, y cuando lo ha hecho, como ocurre en la Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, ha sido para calificarlo de mera infracción administrativa (artículo 96.3 e), por el contrario cuando se ha referido al absentismo escolar, lo ha hecho como indicador de una situación de riesgo o desamparo".

La Audiencia provincial de A Coruña en sentencia de 22 de enero de 2012, es rotunda, entendió que el modelo de escolarizar a dos hijos en casa no es un delito de abandono de familia, señalando que no es la vía penal el foro adecuado para decidir el sistema educativo a elegir, el núcleo de este conflicto ha de centrarse en la posible facultad de los progenitores a ejercitar el derecho a la educación en la forma en que ellos eligen, y no en si han desatendido a sus hijos, dado que no consta que con este sistema educativo se está incurriendo en algún supuesto de discriminación violencia o algún tipo de corrupción de menores, o se esté causando algún daño psíquico a los menores, o que estos adolezcan de defectos de integración con niños de su edad... Continúa añadiendo que el asunto deberá dilucidarse en la vía civil al tratarse de una contienda entre el derecho a elegir las distintas alternativas pedagógicas y el derecho fundamental a la educación, pero en derecho penal no se ha superado la barrera que suponga un peligro para los menores, de modo que la vía penal no es el camino para resolver el conflicto legal entre el derecho fundamental de los padres a elegir la educación de sus hijos y la estatalización obligatoria de la educación.

La Audiencia Provincial de Ourense, 1 de junio 2015, señala que es criterio mayoritario en las Audiencias Provinciales, compartido por esta Sala, el de considerar que en aquellos supuestos en que los padres siguen esta modalidad educativa, siempre que se acredite debidamente y que no haya una situación de desamparo o riesgo social para el menor, no hay un incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad toda vez que el incumplimiento ha de ser grave, y sin perjuicio de la transcendencia civil de este tipo de conductas. Penalmente no puede equipararse la conducta de los padres que consienten el absentismo escolar de sus hijos, con la de aquellos progenitores que procuran una formación a través del método de educación en casa, organizando y planificando el estudio con una supervisión externa. Y ello por la misma definición típica "dejaren de prestar los deberes legales de asistencia inherentes".

Ahora bien, que estos hechos carezcan de sanción penal no quiere decir que no la puedan tener civil o administrativa, al ser indiscutible que este tipo de enseñanza carece de homologación en nuestro país.

A este respecto ya en el trabajo publicado en el año 2013 "El Fiscal y la protección jurídica de los menores. Guía Práctica", se aborda expresamente esta cuestión en el apartado IV) "La protección de los derechos fundamentales concretos". Se indica: "las Audiencias Provinciales vienen estimando que estos casos no son merecedores de sanción penal. Descartada la sanción penal, hay que recordar que el TEDH afirmó el derecho de los Estados a fijar los contenidos y formas mínimos de la educación obligatoria y entre ellos, su carácter escolar, al inadmitir el 11 de septiembre de 2006 la demanda interpuesta en el caso Fritz Konrad and others vs. Alemania, país cuya legislación prohíbe expresamente la escuela en casa".

Invocando esta doctrina del TEDH, la STC 133/2010, de 2 de diciembre, ordenó a los padres demandantes la escolarización, pese a constar la inexistencia de riesgos y que la educación recibida en casa era de calidad.

Procede pues separar la falta de escolarización de las sanciones previstas para librar al menor del abandono y el desamparo producidos por la dejación de los deberes inherentes a la patria potestad. Los progenitores han de ser sancionados penalmente cuando se producen situaciones de maltrato, rechazo, desatención y abandono del menor, fruto de la indolencia, la despreocupación y la negligencia de sus responsables legales. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el niño está recogido y atendido, aunque no esté escolarizado en centro oficial, si se acredita que, de algún modo, está siendo educado, entonces habrá que tomar las medidas oportunas para proteger sus intereses, que entre ellas no parece se encuentre criminalizar la conducta de los padres.

El tipo penal no sólo depende del conocimiento de la obligación y de que el menor no acuda al colegio, sino que se hace precisa una actitud de pasividad y despreocupación por parte de los titulares de la patria potestad, con un comportamiento irresponsable y consciente que evidencia el elemento subjetivo del tipo. El incumplimiento de los padres, que ha de ser voluntario y persistente, ha de entenderse como una falta de esfuerzo para conseguir la actitud colaboradora en el menor y ha de tratarse de una conducta desidiosa y dejada en los progenitores respecto al deber que les incumbe de educar a su hijo menor. Lo que se castiga en el tipo no es, en definitiva, la inasistencia al colegio, sino la conducta de desatención y despreocupación con la enseñanza de los hijos por parte de sus progenitores, quebrantando con ello el deber asistencial de educación impuesto por el art. 154 C. Civil.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 133/2010, el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger 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, pero esta cuestión, DESDE EL INTERES SUPERIOR DEL



MENOR, ha de ser enfocada, NO COMO UNA SANCIÓN PENAL A LA CONDUCTA DE LOS RESPONSABLES DEL MENOR, SINO COMO PROTECCIÓN A LOS INTERESES DEL NIÑO, DE TAL MANERA QUE HAN DE ADOPTARSE MEDIDAS E IMPONERSE SANCIONES, LAS QUE RESULTEN CONVENIENTES PARA LA DEFENSA ADECUADA DE DICHOS INTERESES.

En definitiva, en el ámbito penal, ultima ratio, la falta de escolarización de los menores no va unida a una situación de desamparo o riesgo social del menor (no se ha probado que así sea), por lo que no es susceptible de integrar el tipo penal del delito de abandono de familia del artículo 226 del Código Penal.

SEGUNDO.- En aplicación de lo prevenido en el art. 123 del Código Penal, en caso de absolución de los acusados, se declararán de oficio las costas procesales causadas en el procedimiento.

Vistos los arts. 141, 142, 144, 239, 240, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás concordantes y de general aplicación.

F A L L O

Que debo absolver y absuelvo libremente al acusado **AAA**, del delito de ABANDONO DE FAMILIA, de que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Que debo absolver y absuelvo libremente a la acusada **BBB**, del delito de ABANDONO DE FAMILIA, de que venía siendo acusado, declarando de oficio las costas procesales causadas en el presente procedimiento.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes, previniéndoles de que contra la misma podrá interponerse, ante este Juzgado y para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, recurso de apelación en el plazo de DIEZ DÍAS.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones originales para su notificación y cumplimiento, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la ILMA. SRA. MAGISTRADA-JUEZ, que la ha dictado constituida en Audiencia Pública, en el día de la fecha; Doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.