

Cuando el miedo se apodera de las obligaciones: Padres que no quieren llevar a sus hijos al colegio por miedo al contagio por COVID-19

En plena vuelta al cole, este año, lo que más pesa en la mochila en esta época de pandemia, es el miedo causado por esta extraña situación que nos ha tocado vivir desde el pasado mes de marzo, que incluso ha llevado a muchos padres a cuestionarse si escolarizar o no a sus hijos este año para evitar posibles contagios por COVID-19. Ahora bien, esta decisión no es libre ni tan sencilla ya que la abstención escolar de hijos menores motivada por los hechos descritos puede incurrir en consecuencias legales para los padres.

En cumplimiento de lo dispuesto en el [artículo 27.4](#) de la Constitución Española “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” y [en términos de la LOE](#) (Ley Orgánica de Educación) esta comprende la educación primaria y secundaria que se desarrolla entre los 6 y 16 años de edad, incluso en ocasiones hasta los 18 si los derechos quisieran permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica.

Por todo lo anterior, *¿es el miedo al contagio por COVID-19 motivo para que los padres no escolaricen a sus hijos menores?*

Es importante recordar que la obligación de educar a los hijos corresponde a ambos progenitores, aunque estos se encuentren divorciados o separados y la custodia la ostentase en exclusiva uno solo de ellos en cumplimiento de lo dispuesto en el [artículo 154 del Código Civil](#). Y a la hora de poder dar respuesta a las consecuencias legales de no llevar a los hijos al colegio por temor a los contagios, únicamente se plantea en el caso de la [enseñanza obligatoria desde los 6 a los 16 años](#) es importante saber que solo en el supuesto en que se trate de un incumplimiento grave, reiterado y con voluntad de persistir en el tiempo se interpondrá la correspondiente denuncia por el Ministerio Fiscal, con independencia de la situación actual de crisis sanitaria.

Primero se actúa desde el Centro y recursos educativos tratando de paliar esta situación con los padres y cuando ello resulta imposible se da traslado de la situación a la Fiscalía de menores que incoa las correspondientes diligencias preprocesales con el fin de averiguar los motivos del absentismo y tratar de revertir la situación. Todo ello sin interponer denuncia ni hacer uso de la vía penal, que solo se interpondrá cuando se trate de un incumplimiento grave, reiterado y con voluntad de persistir en el tiempo.

Por ello, habrá que distinguir:

- ✓ **Consecuencias civiles: Declaración de desamparo del menor (artículo 172 CC)**

Contra el absentismo escolar se puede actuar por la vía civil como penal. Por la primera, resulta posible la declaración de desamparo del menor por la Entidad Pública que tenga encomendada en el respectivo territorio la protección de los menores supone la asunción de la tutela del menor y la adopción de las medidas de protección necesarias para su guarda. Pudiendo dicha Entidad y el Ministerio Fiscal promover, si procede, la suspensión de la patria potestad y la remoción de la tutela en términos del [artículo 172 del Código Civil](#).

El mismo artículo considera como **situación de desamparo** la que se produce por el incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

✓ **Consecuencias penales: Delito de abandono de familia (artículo 226.1 CP)**

Como ya adelantamos anteriormente, cuando el cumplimiento de la obligación de procurar la educación obligatoria de los hijos es desatendido de manera grave, reiterada y sin ninguna voluntad de poner fin a esa situación, se interpone por los Fiscales de menores la correspondiente denuncia ante el Juzgado de Instrucción, para que valoren si la situación constituye un delito de abandono de menores del artículo 226.1 del Código Penal.

El hecho delictivo consiste en la realización de una conducta activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable y además este tipo penal exige la concurrencia de los siguientes elementos (SAP de Murcia 95/2020 de 10 de marzo):

- ***Situación generadora del deber de actuar***, que se produce por la mera 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).
- ***No realización de la acción (omisión)***.
- ***Capacidad de acción***, todo ello, naturalmente, junto al conocimiento de quien omite la situación generadora del deber y su capacidad de actuación (...). Es decir, ha de darse un comportamiento irresponsable y consciente que evidencia el elemento subjetivo del tipo ... 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 artículo 154 del Código Civil y por el artículo 39.1 de la Constitución Española.

En conclusión, dispone la misma sentencia que para poder hablar de conducta delictiva del artículo 226 CP habrá que analizar:

- 1) ***El nivel objetivo de absentismo***,
- 2) ***El esfuerzo de los progenitores por vencer la resistencia del menor y, finalmente,***
- 3) ***El conocimiento por parte del sujeto activo de la obligación*** que, a estos efectos, viene impuesta por la ley.

A la cuestión planteada, sobre qué ocurre en los casos de no escolarización por temor al contagio de COVID-19, salvo lo dispuesto en SAP de Girona 383/2019, de 22 de julio por presentar el menor problemas médicos acreditados, el Fiscal de la Sala de Menores con fecha 3 de septiembre de 2020 ha establecido que: *los centros escolares deberán aplicar y observar los oportunos protocolos de seguridad establecidos por las autoridades educativas y sanitarias competentes. La asistencia presencial del*

alumnado, en los parámetros y condiciones antedichos, constituye una obligación ineludible para los padres o tutores de los/as menores afectados.

Su desatención voluntaria, injustificada y persistente acarrearía las consecuencias legales derivadas del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, como ha venido ocurriendo de forma habitual hasta el momento en los supuestos de absentismo.

Hace unos días, el Juzgado de Primera Instancia nº10 de León ha rechazado, por primera vez, la pretensión de una madre separada de no llevar al colegio a su hijo por miedo al contagio, hechos denunciados por el padre a quien el tribunal da la razón.