

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Covid-19: medidas adoptadas respecto de los menores. ¿limitando el ejercicio de la patria potestad?*

Covid-19: measures adopted with regard to minors. Limiting the exercise of the homeland potestty?

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Las funciones de la *institución de la patria potestad* han estado vigentes durante todo el estado de alarma decretado por el Gobierno, así como en los posteriores periodos de confinamiento instaurados para intentar prevenir el virus. Para la resolución de los conflictos se ha tenido en cuenta el *interés superior del menor, a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas*. La declaración del estado de alarma no legitimó el incumplimiento de resoluciones judiciales. Con la obligatoriedad de presencialidad en los centros escolares de los menores han surgido nuevos problemas como los que se plantean cuando hay un problema de salud grave de un conviviente del menor, pues debería valorarse el caso por las autoridades educativas a fin de ser eximido de acudir al colegio. La cuestión reside en que no existe en nuestro país una regulación alternativa a la presencialidad que sí ofrecen en otros países como es el *homeschooling*.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación formo parte.

ABSTRACT: *The functions of the institution of parental authority have been in effect throughout the state of alarm decreed by the Government, as well as in the subsequent periods of confinement established to try to prevent the virus. For the resolution of conflicts, the best interests of the minor have been taken into account, in order to avoid harmful disturbances to the children in cases of change of the holder of the custody power or to avoid damages in their family environment or against third parties people. The declaration of the state of alarm did not legitimize the failure to comply with judicial decisions. With the mandatory presence in the schools of minors, new problems have arisen such as those that arise when there is a serious health problem of a partner of the minor, since the case should be assessed by the educational authorities in order to be exempted from attending to school. The question is that in our country there is no alternative regulation to the presence that they do offer in other countries, such as homeschooling.*

PALABRAS CLAVE: Covid-19. Menores. Patria potestad. Guarda y custodia. Derecho de visitas. Absentismo escolar. Abuelos. Parientes. Allegados.

KEY WORDS: Covid-19. Minors Custody. Guard and custody. Right of visits. Truancy. Grandparents. Family members. Relatives.

SUMARIO: I. PROBLEMAS SURGIDOS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES EXCEPCIONALES (ESTADO DE ALARMA, DEESCALADA, NUEVA NORMALIDAD, CONFINAMIENTOS, ESTADO DE ALARMA II...).—II. SITUACIÓN ACTUAL: PONDERACIÓN DE DERECHOS Y LA CONVIVENCIA CON EL VIRUS.—III. PATRIA POTESTAD: 1. POSIBLES PROBLEMAS EN TORNO A LA GUARDA Y CUSTODIA. 2. CUSTODIA ÚNICA A FAVOR DE UN PROGENITOR. 3. DERECHO DE VISITAS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO. 4. VISITAS EN EL PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR. 5. EL DERECHO DE VISITAS DE ABUELOS, Y EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES CON FAMILIARES O, CON ALLEGADOS. 6. PENSIÓN ALIMENTICIA.—IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES Y EL ABSENTISMO ESCOLAR: 1. PONDERACIÓN DE DERECHOS. 2. PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL: LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR A LOS NIÑOS A CLASES PRESENCIALES. 3. ABSENTISMO Y DERECHO A LA SALUD. 4. ABSENTISMO Y DESAMPARO.—V. ¿LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD?—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACION CITADA.

I. PROBLEMAS SURGIDOS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES EXCEPCIONALES (ESTADO DE ALARMA, DEESCALADA, NUEVA NORMALIDAD, CONFINAMIENTOS, ESTADO DE ALARMA II...)

El pasado 14 de marzo de 2020 se declaró el estado de alarma en España para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Entre las medidas adoptadas se establece que durante la vigencia del estado de alarma, las personas solamente podrán circular de manera individual por las vías de uso público para la realización de determinadas actividades, *excepto, entre otras causas, cuando fuera necesario acompañar a mayores, menores, personas con discapacidad o por causas justificadas* (art. 7 RD 463/2020, de 14 de marzo)¹.

Con fecha 20 de marzo de 2020 la Comisión Permanente del CGPJ emitió un Informe en el que establecía que, siempre que *no haya acuerdo entre los progenitores*, corresponderá a cada Juez decidir en el caso concreto sobre la modificación del régimen de custodia, de visitas y de estancias acordados en los procedimientos de Familia: «El órgano de gobierno de los jueces señala que las medidas adoptadas judicialmente en los procedimientos de familia no quedan afectadas por la regla general de suspensión de plazos y actuaciones procesales durante el estado de alarma, ya que si bien no se encuentran en sí mismas entre aquellas actuaciones esenciales cuya realización ha de asegurarse, una vez adoptadas se sitúan en el plano de la ejecución de las resoluciones judiciales que las hayan acordado y entran dentro del contenido material de las relaciones entre los progenitores en relación con los hijos menores que surgen como consecuencia de la nulidad matrimonial, separación o divorcio y de las decisiones judiciales que fijen las condiciones del ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de visitas y estancias». También señala que las Juntas sectoriales de jueces pueden adoptar acuerdos para unificar criterios y establecer pautas de actuación conjuntas².

Posteriormente se publicaron diversas normas³ de reactivación del ejercicio de las libertades ciudadanas, reanudación de servicios públicos y de actividades económicas, que fue lo que se denominó, «desescalada» en la que hubo diversas fases. Pero a pesar de todas las precauciones hubo un repunte de los contagios a partir del mes de julio que han finalizado en la llamada segunda ola de pandemia con los consiguientes confinamientos: primero en edificios, luego en barrios (Vallecas...), pueblos (Iscar, Móstoles, Fuenlabrada...), en capitales (Madrid, Palencia, León, Salamanca,...) que han supuesto una restricción a la movilidad de nuevo. Ahora nos encontramos en el segundo estado de alarma gestionado individualmente por cada comunidad autónoma, pero previsiblemente habrá más olas o picos de pandemia... y tendremos que ir solventando nuevos problemas derivados de nuevas situaciones.

Esta situación tan excepcional ha ocasionado cambios y han hecho surgir cuestiones nuevas en torno al ejercicio de la patria potestad, que han tenido más importancia según el momento (por ejemplo, durante el inicio del estado de alarma los problemas se suscitaron en torno a los supuestos de *custodia compartida*, visitas, estancias...; y, en lo que se consideró la nueva normalidad y el segundo estado de alarma, los problemas han surgido frente a un previsible *absentismo escolar* de los menores obligados a acudir a los centros escolares estando presente, y a diversas escalas según el lugar de residencia, los brotes de contagio). Problemas que en principio pudiera parecer que suponían una limitación al ejercicio de la patria potestad pero que como vamos a ver seguidamente no hay tal limitación.

Como siempre habrá muchos progenitores que vean en esta situación de pandemia el campo propicio para avivar sus enfrentamientos...

Por último, debemos tener presente siempre que la máxima jurídica que impera en todos los supuestos será el *interés superior del menor*.

II. SITUACIÓN ACTUAL: PONDERACIÓN DE DERECHOS Y LA CONVIVENCIA CON EL VIRUS

En este estado de cosas, se ha iniciado la «nueva normalidad» con confinamientos temporales, dentro del marco general del segundo estado de alarma, teniendo en cuenta una serie de prevenciones a fin de evitar el virus, porque se sabe científicamente que:

- La pluralidad de personas en un espacio cerrado supone un riesgo de expansión del virus.
- El contagio de menores en centros escolares implica, con gran probabilidad, el de aquellas personas que con él convivan.
- Los menores pueden contagiarse en sus domicilios familiares y a su vez, si son asintomáticos, contagiar a familiares amigos y alumnos del centro escolar...
- La reducción de la vida social y las distancias han sido útiles para combatir la epidemia.

Además, en esta situación continuada de *estado de alarma, confinamientos locales, restricciones, toque de queda...* ha traído una serie de normas con gran impacto económico que han influido negativamente en la *economía de los hogares*.

En el caso de *absentismo escolar*, que estudiaremos al final de este breve estudio, desde el punto de vista de los propios menores, prorrogar la ausencia presencial al colegio les afectará muy negativamente a nivel de sus relaciones y de su futuro académico y profesional.

Ante estas circunstancias debe *buscarse un equilibrio* y solventar los problemas realizando una *ponderación de derecho*⁴.

III. PATRIA POTESTAD

Partimos de la obviedad de que en ningún momento se ha modificado la institución de la patria potestad, lo que significa que sus funciones han estado vigentes durante todo el estado de alarma decretado por el Gobierno, y tampoco se ve afectada por los diferentes periodos de confinamiento que sucesivamente se van imponiendo en los diferentes territorios según se originen repuntes o diversas oleadas de pandemia.

Esto significa, por ejemplo, que en el caso de que el menor enfermara a consecuencia del virus y requiriese su ingreso hospitalario, la asistencia de los progenitores en su cuidado debe ser compartido y no en función de que uno de ellos sea el progenitor custodio, eso siempre respetando las normas del centro hospitalario (pues evidentemente si han compartido domicilio puede que el custodio esté también contagiado y deba estar confinado en su domicilio).

La suspensión de las clases en los colegios, y posteriormente, la posibilidad de confinamiento en los domicilios consecuencia de que un miembro familiar esté contagiado implica la obligatoriedad de recibir las clases *on line* en un primer momento, o de realizar las tareas escolares que se le indiquen. En ambos casos los progenitores deberán velar porque los menores sigan su formación escolar, independientemente de si la custodia es de ambos o de uno solo de ellos.

1. POSIBLES PROBLEMAS EN TORNO A LA GUARDA Y CUSTODIA

En el supuesto de que los progenitores estuvieran divorciados o separados, y la custodia se hubiera ya adjudicado podemos encontrarnos ante diversos supuestos problemáticos.

En el caso de que la *custodia sea compartida* y los *progenitores residan en la misma ciudad* durante el estado de alarma, las diversas juntas de jueces de familia concretaron que se continuase tal régimen. Y ello porque el propio RD

463/2020, de 14 de marzo, posibilitaba dicha continuidad al indicar que «Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades: e) Asistencia y cuidado a mayores, *menores...*».

El Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona, cuya titular es Eva María ATARES GARCÍA, se ha encontrado en varias ocasiones con tener que decidir sobre cuestiones relativas a la *custodia compartida* y su modificación por el virus que nos asola⁵.

Tanto en el Auto 74/2020 de 20 de marzo de 2020, donde la madre *solicitó permiso para recoger a su hija del domicilio de los abuelos paternos*, donde estaba viviendo desde que el padre se encontraba en cuarentena por presentar síntomas de contagio de COVID-19, como en el Auto 81/2020 de 26 de marzo de 2020, en ambos supuestos, se denegó la autorización solicitada.

En el primer caso, porque la situación de la menor, en compañía de sus abuelos paternos, *no generaba ningún riesgo inmediato y urgente* para su seguridad o salud, más allá del nerviosismo o incomodidad que la situación generaba en todos los ciudadanos. Por ello se dictaminó que el cambio de guarda se realizara conforme a lo establecido en la sentencia de divorcio y continuara hasta que el padre superase el periodo de cuarentena y/o la enfermedad, quedando en suspenso el régimen de guarda compartida.

En el caso del segundo Auto señalado, la solicitud de autorización también se formuló por la madre para la suspensión cautelar de *la rotación de los turnos de custodia compartida entre ambos progenitores mientras durase el estado de alarma*, acordándose que los hijos permanecieran en el domicilio materno. La juzgadora entendió que al no quedar acreditada ni la *existencia de una situación de riesgo para los menores*, derivada de la continuación del régimen de guardia y custodia en los términos establecidos judicialmente, ni que las apreciaciones subjetivas de la madre *sobre la mayor adecuación de su domicilio, o la mayor protección de los menores frente al contagio si permaneciesen con ella*, no se apoyaba en elementos objetivos, y por consiguiente no indicaba la necesidad de cambio de turno en la custodia compartida.

En el Auto 80/2020 de 25 de marzo de 2020⁶, el padre solicitó el cumplimiento por la madre de la sentencia de divorcio en cuanto al régimen de estancias de los hijos en custodia compartida, dada la negativa de la madre a entregárselos. La magistrada también desestimó la solicitud dado que la situación de los menores en compañía de la madre *no les generaba un riesgo inmediato y urgente para su seguridad o salud*, y por tanto no cabía dar trámite a la demanda de ejecución⁷. Se falló finalmente en el sentido de que la declaración del estado de alarma no legitimaba el incumplimiento de resoluciones judiciales, tal y como se indicó en el acuerdo de 24 de marzo de 2020, y debía continuarse con el régimen de guarda en los mismos términos establecidos en la sentencia de divorcio. No cabe, por tanto, ni que la madre se niegue a entregar a los menores al padre utilizando el acuerdo de los jueces de familia como argumento, ni establecer una «compensación» por los días perdidos.

En el supuesto de que ambos progenitores *residan en ciudades distintas* si se ha acordado la custodia compartida, se sigue aplicando la misma regla. La única excepción se produciría en el caso de confinamiento por elevado número de contagios aun dentro de la misma capital por barrios (como ha sucedido a primeros de octubre en Madrid) o entre diversas localidades de la propia comunidad autónoma, donde no se permite la salida de personas de la ciudad. Teniendo en cuenta el interés superior del menor, y la posibilidad de contagio

podría acordarse que el régimen de custodia compartida quedase en suspenso hasta tanto se levantasen las medidas de confinamiento obligatorio, pero solo si hubiese peligro real de contagio.

En relación con los *lugares de intercambio* se plantean diversas cuestiones:

Si se ha acordado que sea el *centro escolar*: En el caso de que esté cerrado como ocurrió durante el estado de alarma... o que la clase del menor esté confinada por haberse dado el caso de algún contagiado, la entrega del menor se hará lógicamente en el domicilio del progenitor con el que inicia el periodo de estancia.

Si estamos ante una *custodia compartida donde se utiliza la vivienda que es el domicilio familiar como casa nido* se hará como siempre, accediendo el progenitor que inicia la custodia al domicilio teniendo en cuenta la adopción de las medidas higiénico-sanitarias pertinentes...

En caso de *confinamiento* (al igual que ocurrió en el caso del estado de alarma) los progenitores deberán llevar la sentencia judicial o el convenio regulador para exhibirlo a la policía como acreditación de la necesidad del desplazamiento para ocuparse de los hijos en el turno establecido.

Si el menor convive con los *abuelos (de avanzada edad)* a fin de evitar que se contagien, pues el menor puede ser asintomático, o si *uno de los progenitores trabaja en un centro hospitalario teniendo un alto riesgo de contagio*, el progenitor que esté libre de cuestiones de riesgo deberá, en función del interés superior del menor, de hacerse cargo de él. Y, en el caso de que el otro progenitor no quiera hacerse cargo del menor, el progenitor que tiene el impedimento deberá buscar a un familiar o allegado apto para hacerse cargo provisionalmente del menor.

Este supuesto planteado es el caso del Auto 87/2020 de 3 de abril de 2020⁸, donde se plantea que el progenitor y su pareja, que también desempeña labores en el ámbito sanitario, implica que el menor se encuentra expuesto a una mayor probabilidad de contagio, y dado que la progenitora se encontraba de baja maternal propuso al progenitor *suspender temporalmente la guardia y custodia compartida*, compensando tales días una vez se hubiera levantado el estado de alarma. El progenitor se negó a dicha solicitud, manifestando que: trabaja en una unidad que trata únicamente casos sospechosos, que la unidad se encuentra al 40% de ocupación, que cuenta con material suficiente de protección, que la familia extrema las medidas higiénicas, que se sometió a un test cuyo resultado fue negativo, que su pareja es médico en atención primaria, que la madre también ha estado expuesta al Covid en tanto médico radiólogo, que el marido de la progenitora también tiene la custodia compartida de otro menor que sí hace los intercambios de estancias.

No obstante, la Juzgadora consideró que es un hecho notorio que el personal sanitario se encuentra especialmente expuesto al riesgo de contagio, pues trata en su unidad a los pacientes con sospecha de Covid y aun contando con los equipos de protección individual se trata de un riesgo al que no está expuesta actualmente la progenitora ni su unidad familiar, teniendo en cuenta que el descanso maternal de la promotora del expediente se remonta al menos al 24 de febrero. El demandado acredita un test con resultado negativo de fecha 20 de marzo pero continúa expuesto al contagio en su puesto de trabajo.

Ante tales hechos probados y teniendo en cuenta el interés superior del menor, y, que su salud, queda salvaguardada en el domicilio materno, se accede a lo interesado y se acuerda la *suspensión provisional del régimen de custodia compartida del menor hasta el cese del estado de alarma y, como máximo, hasta el 3 de mayo*, fecha en la que finalizará la baja de la progenitora.

A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial la progenitora deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del hijo con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor. *Finalizada la suspensión provisional del régimen de custodia compartida, el progenitor deberá recuperar los períodos no disfrutados con su hijo.*

También hay que tener cuenta las *posibles afecciones de los padres por tener diversas patologías*. Si uno de los progenitores padece una patología (enfermedad cardíaca, diabetes...) que puede agravarse con el virus y el menor está conviviendo con él, se deberán adoptar todas las medidas de cuidado para respetar los tiempos de custodia acordados en su momento. Puede ocurrir que conviviendo con el progenitor que tenga la custodia en ese momento, haya otro conviviente o el propio progenitor o menor... que se infecte... en tales casos al tener que guardar cuarentena por estar infectado o por convivir con un infectado... deberá modificarse el turno de custodia lo que no obsta para que se facilite por medios telemáticos el contacto del hijo con el progenitor no custodio, pudiendo el progenitor recuperar el período no disfrutados con su hijo por la cuarentena *a posteriori*, como hemos visto en el ejemplo anterior.

En el caso de que el progenitor no contagiado se niegue a hacerse cargo del menor (por razones laborales, o porque en su vivienda convivan los abuelos, o personas que padezcan patologías que sean susceptibles de agravarse con el contagio por el COVID-19), o, en el caso de que los dos progenitores se contagien y requieran hospitalización... juega un papel importante tanto los *familiares* como los *allegados*; o en última instancia las *instituciones públicas de protección de menores*.

2. CUSTODIA ÚNICA A FAVOR DE UN PROGENITOR

En caso de que el progenitor custodio se vea afectado por el virus (al tener un carácter temporal, la enfermedad por covid) no cabe pensar en una solución a largo plazo como el cambio de custodia, aunque cabe la *modificación temporal de la custodia por acuerdo de las partes, o, con base en el artículo 158 del Código civil*.

3. DERECHO DE VISITAS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

Tanto durante el estado de alarma como en los posteriores y diversos momentos de confinamiento o de libertad de movimiento continúan pudiéndose ejercitar el régimen de visitas, todo ello teniendo en cuenta que los menores ya van al colegio, que no son inmunes a esta enfermedad y que el interés superior del menor requiere de la máxima cooperación y coordinación de los progenitores. Como vamos a ver, se suspenderán las visitas siempre que haya una situación de riesgo para el menor, o para los progenitores.

Así, en el Auto 91/2020 de 7 de abril de 2020⁹, se acordó la *suspensión provisional del régimen de visitas* del menor hasta el cese del estado de alarma, que el *progenitor custodio* deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del hijo con la madre, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor, y que una vez *finalizada la suspensión provisional del régimen de visitas*, la *progenitora* podrá recuperar los períodos no disfrutados con su hijo.

En el Auto 90/2020 de 7 de abril de 2020, la jueza entendió que el demandante no concretó una situación de riesgo para los menores, por lo cual, su petición no se encuentra amparada por el artículo 158 del Código civil simplemente expone un incumplimiento del régimen de custodia y visitas acordado (si bien no se aporta resolución judicial alguna), supuesto que en su caso, daría lugar a un procedimiento de ejecución. Por ello no admite la solicitud de suspensión del régimen de visitas.

En cuanto a las visitas *intersemanales* y visitas *sin pernocta* en espacios públicos, en tiempos del estado de alarma quedarían suspendidas por la imposibilidad de utilización de los espacios públicos, no así en los momentos de confinamiento donde hay prohibición de movimiento pero están abiertos dentro de ciertas restricciones los centros comerciales, cines, restaurantes... Habrá que tener en cuenta las restricciones del momento.

Finalmente, las visitas en *periodos vacacionales* (próximas navidades, Semana Santa... verano...) los periodos de estancia previstos con cada progenitor deben cumplirse sin problemas.

4. VISITAS EN EL PUNTO DE ENCUENTRO FAMILIAR

En principio los progenitores deberán contactar con el PEF donde deban llevar a sus hijos por ver si está o no cerrado (en el estado de alarma estaban todos cerrados... y durante los diversos confinamientos han estado abiertos, pero la situación puede cambiar en cualquier momento ante un contagio). Si están cerrados evidentemente la visita quedaría suspendida.

En el caso de que simplemente se señale el PEF como lugar de recogida y entrega del menor pueden los progenitores pactar otro lugar (abuelos, familiares...), incluso puede pactarse que sean terceras personas los encargados de llevar y traer a los hijos. Si los padres no se ponen de acuerdo, y sus abogados no pueden alcanzar un consenso, en la práctica el régimen de visitas se verá suspendido. En ese caso habría un incumplimiento del régimen de visitas que puede calificarse de doloso y por consiguiente sancionable por los tribunales.

Excepcionalmente, el régimen de visitas quedará en suspenso cuando el menor, o el progenitor no custodio esté infectado del virus o esté conviviendo con alguna persona afectada por la enfermedad.

5. EL DERECHO DE VISITAS DE ABUELOS, Y EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES CON FAMILIARES O CON ALLEGADOS

En estos casos, las soluciones cambian teniendo en cuenta que el virus ataca con mayor grado de afectación y virulencia a las personas mayores y las hace más vulnerables aún. En tales casos, haya confinamiento o no, deberían suspenderse las visitas por razones de salud salvo si las partes acuerdan su continuidad. Ante la falta de acuerdo debemos tener en cuenta que es una situación excepcional y deberán buscarse soluciones alternativas.

En cuando al derecho de relaciones personales con familiares y allegados, nada ha cambiado se pueden continuar manteniendo con las precauciones debidas y de acuerdo con lo que ya hemos expuesto.

6. PENSIÓN ALIMENTICIA

La realidad económica imperante va a traducirse en una crisis económica que puede originar una reducción de los ingresos de ciertos progenitores (autónomos dedicados a la hostelería... pérdidas de puestos de trabajo...). En tales casos puede que los progenitores acuerden la suspensión temporal del pago de la pensión... por ejemplo en los tiempos del estado de alarma ante estas circunstancias tan excepcionales... Y en todo caso, se podrá acudir a un procedimiento de modificación de medidas.

IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES Y EL ABSENTISMO ESCOLAR

1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS MENORES Y LA OBLIGACIÓN DE PRESENCIALIDAD ESCOLAR

La asistencia a los centros escolares de menores entre los 6 y los 16 años es obligatoria. La Constitución en su artículo 27.1 señala que todos tienen derecho a la educación, se reconoce la libertad de enseñanza y se garantizará por los poderes públicos, siendo su propósito principal el de lograr «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (27.2 CE).

No obstante, hay *tres excepciones* que justificarían la asistencia a clase en estas edades, como son la enfermedad, la estancia de los menores en el extranjero, o, la itinerancia de los padres. Fuera de estos supuestos, el absentismo prolongado (esto es, cuando el alumno pierde el 20% de las clases) puede originar la retirada de la patria potestad a los padres y con penas de cárcel de hasta seis años por abandono de la familia en los casos más extremos. Evidentemente esta normativa está pensada para absentismos en situaciones normales y no en las circunstancias excepcionales de covid-19.

Ante esta situación y la obligatoriedad por las instituciones públicas (y consiguientemente, de los centros escolares) de la presencialidad en las clases, a inicio de curso (septiembre 2020), progenitores de menores en edad de escolarización obligatoria manifestaron su intención de no llevar o no permitir que acudieran a las clases presenciales, alegando la insuficiencia de las medidas higiénico-sanitarias preventivas adoptadas.

Los *derechos del menor (de)limitan necesariamente el ejercicio de la patria potestad y obligan a una ponderación de todos ellos atendiendo a las concretas circunstancias*. Esta afirmación implica que los derechos del niño deben analizarse en torno a su obligación de acudir al centro escolar. No llevar al niño al colegio por miedo al contagio no parece ser, por sí sola, una razón suficiente para privar al niño de su derecho fundamental a la educación¹⁰.

En resumen, en tiempos de pandemia mundial colisionan, por un lado, el *derecho a la educación del menor* (porque el derecho a la educación es del niño, no de los padres); y, el *derecho-deber derivado de la patria potestad de los padres de cuidar de sus hijos*. Todo ello desde la premisa de que en nuestro país la educación se configura únicamente como enseñanza presencial.

Por ello, desde la *Fiscalía de Menor*¹¹ se hizo público el criterio para unificar las actuaciones respecto al absentismo escolar y se avisó de que se iniciarían diligencias penales de investigación «contra los padres o tutores que presun-

tamente hayan infringido los deberes inherentes a la patria potestad en este ámbito». Especificó que se iniciará únicamente «en aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aun temporal, del deber de asistencia presencial del alumnado». También que los colegios deben avisar a las Comisiones Locales o Provinciales de absentismo si detectan casos y que estas deberán remitir copia de sus expedientes a la Fiscalía «solo en los casos de repetida y no justificada asistencia a clase».

Y concretó... que «Solo aquellos casos que carezcan de justificación clara y terminante para la exención, aun temporal, del deber de asistencia presencial del alumnado (...) motivarán que el Ministerio Fiscal prosiga sus diligencias a efectos de ejercitar la acción penal». Frente a las posiciones de los padres temerosos o insumisos que mantenían argumentos contrarios... (padres que incluso han utilizado el límite de días máximo para no llevar a los niños al colegio... sin traspasarlos...).

Cada comunidad autónoma ha establecido los criterios a seguir a través de instrucciones a los centros educativos con los protocolos de seguridad diseñados para esta situación tan especial... y, ...también han exigido la «obligación ineludible» de la asistencia presencial del alumnado. La nota de la Fiscalía incide en que «los centros educativos, cuando detecten casos de *inasistencia voluntaria e injustificada a las aulas, serán los encargados de comunicar* estos incumplimientos. Los colegios, pegados al terreno y conocedores de las circunstancias de sus alumnos y sus familias, serán quienes deban tener en cuenta cada caso personal antes de decidir si está justificado o no que un alumno no acuda al centro.

Nos interesa destacar que se les hace *responsables* a los centros educativos de detectar el absentismo, (no solo de activar el protocolo cuando el alumno no acude al centro, como en situaciones de no pandemia), sino también deberán valorar si la situación personal o familiar justifica la ausencia.

Otra cuestión que puede plantearse gira en torno a la *pérdida de plaza en el colegio ante una ausencia reiterada*. La respuesta en este caso es negativa precisamente por la existencia del derecho constitucional a la educación del que es titular el menor.

2. PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL: LA OBLIGACIÓN DE LLEVAR A LOS NIÑOS A CLASES PRESENCIALES

Y en este estado de cosas nos encontramos la primera decisión judicial al respecto, el Auto de 10 de septiembre de 2020, donde la magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 10 de León, Mónica RAMÍREZ, celebró una vista con la presencia de ambos progenitores y de un representante de la Fiscalía para resolver un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad relativa a la asistencia presencial al centro escolar del menor, hijo de ambas partes¹².

El padre quería que el menor fuera a clase, es profesor en el centro donde está escolarizado el niño. La madre, que quería que se quedara en casa, es profesora en otro colegio y cuenta con el apoyo de los abuelos maternos (la abuela materna regenta un local de hostelería bar-tienda de pueblo que ha estado abierto este verano).

La jueza entiende tras analizar las circunstancias del niño —de 5 años, sociable y sano (sin problemas médicos) que ha estado socializado en verano, ha estado en contacto con sus primos y se ha relacionado con familiares de Madrid y Barcelona, participando en cumpleaños y reuniones familiares— y las del centro escolar —donde las autoridades de Sanidad y Educación han establecido unos

protocolos que en este caso se cumplen—, otorgar la razón al padre y establecer la obligatoriedad de asistencia del menor al colegio.

Falló teniendo en cuenta que actuaba en interés del menor porque el derecho a la educación es del menor, no del padre ni de la madre. Un niño a esa edad más que aprender va al colegio a socializarse y eso no puede hacerse con la madre y los abuelos maternos, los cuales atendiendo a las circunstancias expuestas no están exentos del riesgo de contagio de la enfermedad. Además, tuvo en cuenta que «en estos momentos no se puede vislumbrar la duración de esta situación (del Covid-19), pero puede alargarse uno o dos años».

3. ABSENTISMO Y DERECHO A LA SALUD

En este estado de cosas, surge el siguiente supuesto real, que nos hace analizar el problema desde otra realidad: Virginia (47) sufre *esclerosis múltiple* y, por su enfermedad y el tratamiento que está recibiendo en la actualidad, desde que irrumpió la pandemia ha limitado al máximo sus contactos y relaciones. En septiembre decidió que su hijo de 10 años estudiase en casa, y lucha porque le evalúen en el centro en el que está escolarizado, pero *en el colegio aseguran que sin ir es imposible*. La familia ha tenido un cuidado extremo en su vida social (sin ir a terrazas, sin juntarme con gente incluso de familia, no invitando a nadie ni a niños a casa...).

Como ya hemos visto el simple miedo al contagio por COVID *no exime* a una familia de escolarizar a su hijo pero en un informe que la Abogacía del Estado remitió a Educación¹³ en septiembre *sí se abre la puerta a la posibilidad de que un niño no vaya a clase si convive con una persona vulnerable y se justifica adecuadamente. Algo que deben valorar caso por caso las autoridades educativas*.

En el centro escolar del menor hacen ver que además del aprendizaje el aspecto relacional es muy importante para el desarrollo de un niño y aseguran que salvo que reciban una instrucción en otro sentido de la Consejería de Educación, *no podrán evaluar al niño como reclama la familia porque sin esa presencialidad es imposible comprobar la adquisición de competencias*. Sin embargo, desde el colegio reciben de la tutora unas orientaciones sobre el programa y la madre se encarga de dar la clase al menor en casa.

Por otro lado, como la ley establece como *deber ineludible de la patria potestad educar a los hijos y proporcionarles una formación integral* podría buscarse una educación alternativa: los padres podrían proporcionarles educación conforme a los *temarios oficiales en casa* (homeschooling). Incluso los padres podrían exigir a los centros la educación *on line*... O, a distancia con un seguimiento (como en los meses de marzo a junio); o exigirles que cumplan con las medidas sanitarias y de seguridad establecidas por las administraciones. En este caso el problema reside en que España no ha regulado de manera adecuada alternativas que sí se ofrecen en otros países como es el *homeschooling*¹⁴.

4. ABSENTISMO Y DESAMPARO

La causa principal o única de las declaraciones de desamparo judicialmente se centran en la falta de sustento material y moral, pero es común que la legislación autonómica expresamente considere *la ausencia de escolarización obligatoria habitual de los menores* como situaciones en las que apreciarán, en todo caso, el *desamparo*.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales exige algo más que la mera *inassistencia a clase de los menores*, requiriendo que se constaten efectos apreciables en el desarrollo personal, para la declaración de desamparo¹⁵. Aunque hay supuestos en que se mantiene la inexistencia del desamparo pese a acreditarse el *absentismo e incluso la escolarización*, entendida esta como la matriculación y adscripción del menor a un centro educativo en edad obligatoria¹⁶.

La respuesta gira en torno a *si el absentismo escolar considerado aisladamente es motivo de desamparo*. El planteamiento de las situaciones de desamparo en casos de absentismo en los que los padres se amparan únicamente en el riesgo de contagio del COVID-19 se circunscribe a supuestos «de laboratorio».

En conclusión, es difícil pensar que las ausencias motivadas por el miedo al contagio vayan a convertirse en corto plazo en motivo aislado de procesos penales o declaraciones de desamparo. Para que el absentismo escolar pueda desencadenar esa clase de repercusiones debe ser *prolongado en el tiempo*. Eso implicaría que las divergencias entre los padres asustados, que no llevan o se oponen a que sus hijos acudan a clase, y las autoridades educativas, que deciden abrir o cerrar las aulas, han sido en la mayoría de los *casos transitorios*.

V. ¿LIMITACIONES AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD?

La patria potestad no es una institución con un carácter absoluto, sino que integra un conjunto de derechos-deberes que están sujetos a límites, explícitos o no. Está restringida por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad, y esto es lo que ha ocurrido con esta situación de pandemia mundial.

Los caracteres propios de la figura se basan en que la actuación de los padres debe respetar siempre el *interés del menor*, que su ejercicio corresponde a ambos progenitores y que el Ministerio Fiscal tiene como misión salvaguardar el interés del menor en los procesos judiciales.

Pero, tras todo lo expuesto, debemos cuestionarnos y concretar si el *poder público ha limitado los derechos derivados de la patria potestad o simplemente son efectos de lo regulado por la propia normativa derivada de la situación excepcional* y de las circunstancias que se están produciendo...

Cabe preguntarse si se ha garantizado la no vulneración de los derechos derivados de la patria potestad... Entiendo que sí, y ello porque hay un principio básico, el del *interés superior del menor*, de fácil comprensión por todos los que giran alrededor del mismo: padres, abuelos, familiares, allegados, y por otro lado, poder público (Estado... y organismos que han aplicado todo lo relativo a su regulación... —desde un primer momento se ha velado por los colectivos vulnerables entre los que se encontraban los menores— CGPJ, junta de jueces, jueces aplicadores del Derecho... como hemos recogido en este texto...).

Por ejemplo, el progenitor custodio o en el caso de custodia compartida el que tiene la guarda... no limita voluntariamente los derechos del otro progenitor evitando su participación en la vida del menor en estos momentos... como hemos visto en las decisiones de las juntas de jueces por autonomías, y de las sentencias concretas de los juzgados que han resuelto varios supuestos... ha supuesto siempre una *suspensión temporal* consecuencia de las propias circunstancias imprevisibles que han ido surgiendo... Suspensión temporal recuperable *a posteriori*... y suspensión que estaba paliada por la comunicación menor —progenitor a través de los diferentes medios informáticos existentes.

Lo que evidentemente en ningún momento se ha producido es la suspensión de la patria potestad...

La situación cambia en relación con el específico supuesto de *absentismo escolar* tras establecerse desde septiembre la necesaria presencialidad de los menores en los colegios, tras varios meses (marzo a junio) de posibilitar la enseñanza *on line* precisamente por el estado de alarma decretado por el ejecutivo.

Evidentemente no estamos hablando de los supuestos de absentismo producto del desamparo de menores. Casos que durante años se han estudiado siempre en función del interés del menor. Tampoco hablamos de aquellos casos de absentismo producto de los miedos al contagio o de la desconfianza de los padres a las medidas higienico-sanitarias... que se *apagaron* durante el primer mes de inicio de las clases, cuando todo se «normalizó».

Nos referimos, a aquellos casos concretos en los que está en riesgo muy alto el derecho a la salud de un conviviente y el absentismo es fruto del miedo al peligro real, y no meramente probable ni incluso previsible, de tener consecuencias graves incluso de muerte tras el contagio. Supuesto en donde el absentismo escolar está paliado con clases y seguimiento del temario escolar.

Aquí sí se produce además de una limitación al ejercicio de la patria potestad, una limitación al derecho a la educación del menor en casa en circunstancias especiales y agravadas por la falta de normativa. Nos referimos al *homeschooling*.

Podríamos finalizar este pequeño estudio indicando que cuanto menos resulta sorprendente que se acuda a razones sanitarias para modificar, teniendo en cuenta el interés superior del menor, las medidas judiciales previamente establecidas (por ejemplo, en supuestos de custodia compartida cuando el menor está a cargo de su madre médico de pacientes con COVID cuya estancia se alarga en casa del progenitor a quien no correspondería su custodia). Y, precisamente, en los casos de cierto absentismo escolar (no presencialidad) pero seguimiento del programa en casa... no se le quiera examinar porque no hay una ley que prevea tales supuestos, cuando alguno de sus convivientes son pacientes de riesgo en caso de ser contagiados de COVID. Esto es, no se ponga el énfasis en razones sanitarias.

VI. CONCLUSIONES

I. En la situación de incertidumbre inicialmente creada por el estado de alarma y ante el surgimiento de problemas reales y situaciones que podrían ser complicadas por la nueva situación originada a consecuencia de la pandemia y posibles escenarios relacionados con la patria potestad, el CGPJ fue rápido y con celeridad (informe emitido 6 días después de entrar en vigor el estado de alarma) resolvió posibles problemas. Posteriormente, las diversas juntas de jueces dieron instrucciones que fueron cumplidas a rajatabla como puede observarse en las pocas sentencias de los juzgados de primera instancia que hasta ahora se han publicado.

Lógicamente en ningún momento se ha modificado la *institución de la patria potestad*. Sus funciones han estado vigentes durante todo el estado de alarma decretado por el Gobierno, así como en los posteriores periodos de confinamiento instaurados para intentar prevenir el virus. Para la resolución de los conflictos se ha tomado, como era lógico el *interés superior del menor, a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas*.

Pues, la declaración del estado de alarma no legitimó el incumplimiento de resoluciones judiciales.

II. Idéntica solución se ha propuesto para el caso del absentismo escolar ante la obligación de los menores de acudir en septiembre al colegio. La Fiscalía de Menores, con rapidez, indicó la obligatoriedad de presencialidad en los centros escolares, indicando que el miedo al contagio no exime de la asistencia de los menores a los centros educativos. Cada comunidad autónoma estableció criterios de seguridad higiénico-sanitaria y remitió a través de instrucciones a los centros educativos los protocolos de seguridad diseñados para esta situación tan especial. La autoridad pública a través de la Fiscalía exigió a las comisiones locales o provinciales detectar los casos de absentismo escolar valorando si la situación personal o familiar justificaba la ausencia.

La situación se complica en los casos en que la negativa a cumplir con el deber de presencialidad de la educación choca frontalmente con un problema de salud de un familiar, pues aunque el miedo al contagio por COVID no exime a una familia de escolarizar a su hijo, cabe la posibilidad de que si convive con una persona vulnerable y se justifica adecuadamente, debería valorarse el caso por las autoridades educativas.

La cuestión reside en que no existe en nuestro país una regulación alternativa a la presencialidad que sí ofrecen en otros países como es el *homeschooling*. La Ley establece como deber ineludible de la patria potestad educar a los hijos y proporcionarles una formación integral, de modo que debería regularse la posibilidad de una educación alternativa a la presencialidad.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 133/2010 de 2 de diciembre de 2010, Rec. 7509/2005. Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE. La Ley 204442/2010.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 74/2020 de 20 de marzo de 2020, Rec. 202/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13264/2020. ECLI: ES:JPI:2020:7A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 80/2020 de 25 de marzo de 2020, Rec. 47/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13263/2020. ECLI: ES:JPI:2020:6A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 81/2020 de 26 de marzo de 2020, Rec. 203/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13265/2020. ECLI: ES:JPI:2020:8A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 10 de León, Auto de 10 de septiembre de 2020, Rec. 1/2020. Ponente: Mónica RAMÍREZ ENCINAS. La Ley 113299/2020.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 91/2020 de 7 de abril de 2020, Rec. 200/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16680/2020. ECLI: ES:JPI:2020:10A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 87/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 199/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16679/2020. ECLI: ES:JPI:2020:9A.
- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 86/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 198/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16676/2020. ECLI: ES:JPI:2020:12A.

- Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, Auto 90/2020 de 7 de abril. 2020, Rec. 206/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16675/2020. ECLI: ES:JPI:2020:11A.

VII. LEGISLACIÓN CITADA

- CE
- CC (154, 158...)
- RD 463/2020, de 14 de marzo por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- Acuerdos de la Comisión Permanente del CGPJ de 20 de marzo de 2020 (Sesión extraordinaria)
- Acuerdo de la Junta sectorial de jueces de primera instancia (con competencias en materia de familia) de Tenerife en fecha 23 de marzo de 2020
- BOE de 3 de mayo de 2020 y otros sucesivos. Estado de alarma. Medidas urgentes.
- Nota de servicio núm. 1/ 2020 de la Fiscalía General del Estado para la Unificación de criterios entre las distintas Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales en materia del absentismo escolar que se derive de la crisis del COVID-19, elaborada por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores) de 3 de septiembre de 2020.
- Informe de la Abogacía del Estado remitido al Ministerio de Educación. (Firmado por María Dolores OCAÑA MADRID | 17/09/2020)

NOTAS

¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. «BOE» núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

² Acuerdos adoptados por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en la Sesión Extraordinaria celebrada el día 20 de marzo de 2020.

SEXTO.- Estas actuaciones judiciales quedan extramuros del régimen de suspensión de plazos y actuaciones judiciales, en la medida en que están orientadas precisamente para cumplir las finalidades del Real Decreto 463/2020, y encuentran en todo caso encaje tanto en las excepciones contempladas en la letra d) del apartado tercero de la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, como en su apartado cuarto, así como también en los puntos 1 y 3 del apartado II de las medidas previstas para el Escenario 3 adoptadas en el Acuerdo de la Comisión Permanente de 13 de marzo de 2020; ello, con independencia de que la decisión judicial que se adopte encuentre amparo en el artículo 158 del Código civil —particularmente en su ordinal 2.º: «[l]as disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda», y especialmente en su ordinal 6.º: «[e]n general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas»— o fundamento en cualquier otra norma sustantiva o procesal que resulte aplicable a estos fines.

SÉPTIMO.- Lo anterior no es obstáculo a la eventual adopción de acuerdos en las juntas sectoriales de los juzgados de familia con objeto de unificar criterios de actuación y de establecer pautas de actuación conjunta en orden a satisfacer las finalidades de protección a que está orientado el Real Decreto 463/2020. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acuerdos-del-CGPJ/Acuerdos-de-la-Comision-Permanente>

³ Boletín Oficial del Estado: domingo 3 de mayo de 2020, núm. 123.

⁴ Robert ALEXY propuso el método de la ponderación, por medio del cual, es posible (en los casos que impliquen conflictos entre dos principios), evaluar la relación que se establece entre el grado de lesión de un principio y el grado de satisfacción del otro. (ALEXY, Robert: *Derechos Sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. ISBN: 9788461212286. 2008).

⁵ Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 74/2020 de 20 de marzo de 2020, Rec. 202/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13264/2020. ECLI: ES:JPI:2020:7A.

Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 81/2020 de 26 de marzo de 2020, Rec. 203/2020. Ponente: Eva María ATARES GARCÍA. La Ley 13265/2020. ECLI: ES:JPI:2020:8.^a

⁶ Juzgado de Primera Instancia Núm. 51 de Barcelona, Auto 80/2020 de 25 de marzo de 2020, Rec. 47/2020. Ponente: María ATARES GARCÍA. La Ley 13263/2020. ECLI: ES:JPI:2020:6A

⁷ El acuerdo de los jueces de familia de Barcelona de 18 de marzo de 2020 (La Ley 74/2020) revisado por acuerdo de los jueces de familia de 24 de marzo de 2020, en los siguientes términos:

«Primero.- El RD 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales, por lo que se han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes.

Segundo.- Los progenitores deberán observar, en todo caso, las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias a los efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles, teniendo siempre presente que nos encontramos ante una situación excepcional y, por el momento, por un espacio de tiempo limitado hasta que finalice el estado de alarma.

Tercero.- Si alguno de los progenitores presenta síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test del Covid-19, en interés de los hijos menores (art. 9.2 LOPJM) y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor; a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiendo entenderse que, automáticamente concurre causa de fuerza mayor, que suspende provisionalmente, las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron.

Cuarto.- A fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del/los hijo/os con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso de los menores.

Quinto.- Con respecto a los procedimientos de ejecución que, en su caso, se presentaren, se procederá al registro telemático de la demanda ejecutiva, siempre que se presente por la vía electrónica de Ejcat, y dada la actual suspensión de los plazos procesales, se le dará el trámite ordinario, una vez alzada la declaración del estado de alarma o, en su caso, su prórroga; salvo que la parte que presente la demanda o escrito manifieste de forma responsable la urgencia del mismo y el riesgo para el menor».

⁸ También ha estudiado diversos supuestos Nuria NAVARRO GARCÍA, titular del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Santa Cruz de Tenerife, y ha publicado diversos autos al respecto.

Auto 91/2020 de 7 de abril de 2020, Rec. 200/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16680/2020. ECLI: ES:JPI:2020:10A

Auto 87/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 199/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16679/2020. ECLI: ES:JPI:2020:9A

Auto 86/2020 de 3 de abril de 2020, Rec. 198/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16676/2020. ECLI: ES:JPI:2020:12A

Auto 90/2020 de 7 de abril de 2020, Rec. 206/2020. Ponente: Nuria NAVARRO GARCÍA. La Ley 16675/2020. ECLI: ES:JPI:2020:11A

⁹ En este caso, y según se acredita, la progenitora carece de domicilio, frecuenta con el menor una playa con casetas o tiendas de campaña y el menor juega en descampados sin condiciones de seguridad y salubridad. No ha sido posible localizar a la demandada.

Comparte esta juzgadora el parecer del representante del Ministerio Fiscal en el sentido que a fin de garantizar la salud del *menor procede acordar la suspensión del régimen de visitas solicitada hasta la finalización del Estado de Alarma, sin perjuicio del derecho de la madre a compensar los periodos de tiempo no disfrutados*. A fin de conseguir el necesario y deseable contacto materno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (skype, facetime, o video llamada de whatsapp) el contacto del hijo con la madre, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso del menor.

¹⁰ La SAP Valencia (sección 2.ª) 31/2013, de 9 de enero Rec. 323/2012. Ponente: María Dolores HERNÁNDEZ RUEDA, La Ley 37153/2013. ECLI: ES:APV:2013:335, estudió el caso en el que los padres consintieron que su hijo faltara a la escuela por el temor que se les representaba el que su hijo pudiera tener un problema en el mismo en relación a la obesidad que tiene y las posibles burlas y desprecios de los compañeros de clase. el menor sufrió crisis de ansiedad. En el juicio se confrontaron, entre otras pruebas, las periciales de la psicopedagoga del centro educativo y una psicóloga que trató al menor. El Tribunal no aceptó la exención de responsabilidad, pero sí una atenuación: «no es irracional ni contraviene la lógica; puesto que la valoración realizada revela que existió temor de los acusados por la salud psíquica e incluso física de su hijo, que ciertamente cual no era insuperable, pero que en las condiciones que se produjeron en el caso examinado, sí es suficiente para la aplicación de la atenuante que realiza la sentencia recurrida».

¹¹ Nota de servicio núm. 1/ 2020 de la Fiscalía General del Estado para la Unificación de criterios entre las distintas Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales en materia del ABSENTISMO ESCOLAR que se derive de la crisis del COVID-19, elaborada por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores) de 3 de septiembre de 2020.

¹² Juzgado de Primera Instancia Núm. 10 de León, Auto de 10 de septiembre de 2020, Rec. 1/2020. Ponente: Mónica RAMÍREZ ENCINAS. (La Ley 113299/2020). Desacuerdo entre los progenitores sobre la reincorporación o no de su hijo al colegio ante la situación creada por el Covid-19. Se atribuye la facultad de decidir sobre la cuestión al padre, partidario de que el hijo vuelva al colegio, y ello en atención a las circunstancias concurrentes, como son que el hijo, de 5 años, está sano y ha estado socializado durante el verano, que el padre es profesor en el colegio, que las autoridades de sanidad y educación han establecido unos protocolos que el colegio cumple y que se desconoce cuánto puede durar la situación provocada por el Covid-19.

¹³ Firmado por María Dolores OCAÑA MADRID, 17/09/2020, 19 a 24 del Informe «Ante esta situación, entendemos que la efectividad del derecho fundamental a la educación, en su desenvolvimiento como obligación de asistencia a clase, se contrapone a otro derecho fundamental: el derecho a la vida, en su manifestación del derecho a la integridad física, no solo de los menores, sino de sus familiares convivientes. Tal contraposición consideramos que debe ser examinada de forma particular, caso a caso, tanto teniendo presente el contexto de evolución de la pandemia (en cada parte del territorio), como en el supuesto concreto de cada familia. A nuestro juicio, la realización de tal análisis factual y contextual es fundamental para constatar el presupuesto de hecho del absentismo escolar: que la falta de asistencia a clase sea reiterada y que carezca de justificación. Pero debemos insistir en que el análisis se debe hacer caso por caso. Reiteramos que no cabe concluir en abstracto que la situación actual ampare directamente la actuación de los padres que deciden no escolarizar a sus hijos. Ello supondría desposeer a los poderes públicos de las obligaciones irrenunciables que les atribuye el legislador en cuanto a la garantía de la efectividad del derecho a la educación básica, en su vertiente de velar por el cumplimiento de la educación obligatoria. Y supondría legitimar el incumplimiento directo de las normas por los ciudadanos. Nos encontramos ante normas de Derecho público, por tanto, de carácter plenamente imperativo. Sin acción específica el desconocimiento por los padres supondría la violación del principio de legalidad que la Constitución impone tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos en su artículo 9.1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Interesa recordar que a los padres, ciertamente, les asiste el derecho de participar en el ámbito educativo, en la forma prevista en las leyes. Esta participación evidentemente será uno de los cauces para

el planteamiento ante los centros escolares y, en su caso, ante las administraciones educativas, de las preocupaciones derivadas de la situación actual de pandemia. Pero también tienen a su disposición los padres las vías que el ordenamiento jurídico establece para la revisión de la actuación de la Administración: esto es, el ejercicio de acciones legales contra la actuación administrativa (o la inactividad administrativa). De forma que, si los padres consideran que la vuelta al colegio no se realiza de forma segura, libres son de, por ejemplo, instar un recurso contencioso-administrativo contra esta decisión, con posibilidad, por ejemplo, de instar la suspensión cautelar de las decisiones administrativas de fijación de la fecha de comienzo de curso. En cualquier caso, de producirse la inasistencia a clase de alumnos, insistimos en que debe valorarse la situación de cada niño, cada familia, y el momento en que se produzca tal inasistencia, para atender a la situación epidemiológica y la alarma que pueda producir en cada familia. Ello, en cuanto que, como hemos visto, la ley exige para apreciar absentismo y que se tomen medidas contra este absentismo por los poderes públicos, que la falta de asistencia a clase reiterada, no tenga justificación. Estas circunstancias serán las que motiven la puesta en marcha de los protocolos de actuación frente al absentismo cuya implementación corresponde a las Administraciones autonómicas, con la necesaria colaboración de los centros docentes. Recordemos que el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor obliga a cualquier persona que conozca la falta de asistencia a clase, sin justificación del menor, lo ponga en conocimiento de las autoridades competentes. Esta obligación se impone especialmente a aquellos que por su situación o función conozcan estas situaciones. De manera que los colegios, de producirse estas situaciones, y de entender que son injustificadas, deben proceder de inmediato a la comunicación a la autoridad competente».

¹⁴ La STC 133/2010 *no reconoció el derecho de los padres a educar a sus hijos en casa*, que significa que no hay una facultad de los padres a no escolarizar a sus hijos. Todo esto pone de manifiesto que hay insuficiencias o lagunas normativas que debería pensarse en regular, partiendo del principio obligado de la escolarización.

La STC, Sala Primera, Sentencia 133/2010 de 2 de diciembre de 2010, Rec. 7509/2005. Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE. (La Ley 204442/2010) concretó que la escolarización es obligatoria en el ciclo básico de menores que recibían enseñanza en su propio domicilio. Imposición normativa del deber de escolarización de los niños de entre 6 y 16 años conforme a los artículos 9.2 LO 10/2002 y 4.2 LO 2/2006. No se protege por el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad 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, *aun en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en razones de orden moral o religioso y, en consecuencia, en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización (y la garantía jurisdiccional de su efectividad) encuentra justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el artículo 27.2 CE y en el derecho a la educación que a todos reconoce el artículo 27.1 CE, y no genera una restricción desproporcionada en el referido derecho.*

¹⁵ La AP Castellón (sección 2.ª) en su sentencia 85/2008, de 11 de junio, trató un asunto en el que «el absentismo escolar del menor es el único dato con posible virtualidad decisiva a los efectos que nos ocupan, por lo reprochable que es en sí mismo considerado, y porque no puede ser denotativo sino de una situación de desatención en el cuidado del menor». Tras delimitar la prueba de esas ausencias reiteradas y no justificadas a las aulas, señaló lo siguiente: «Ya decíamos que esta errática vida escolar del menor, carente de la continuidad precisa, puede ser denotativa de abandono y despreocupación por parte de los padres; especialmente si la misma no es explicada en medida alguna. Sin embargo, para haber podido asignar a esta circunstancia una relevancia decisiva a los efectos que nos ocupan, se echan en falta determinadas diligencias o comprobaciones adicionales, tales como un informe detallado por parte de la tutora o profesora del menor sobre el rendimiento escolar y la evolución de este, o un informe psicológico sobre el estado de desarrollo psíquico e intelectual del menor. No consta que el menor sufra un retraso relevante en su formación y aprendizaje, ni que no tenga un desarrollo intelectual y emocional acorde con su edad».

Como consecuencia de ese razonamiento, el Tribunal estimó el recurso de la madre y revocó la declaración de desamparo de la entidad pública.

¹⁶ La SAP Málaga 1363/2004, de 17 de diciembre, estimó el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto del juzgado de familia que revocó el desamparo: «cuando los padres, como en este caso, no es que sean incapaces de adoptar las medidas convenientes para la correcta escolarización de sus hijos, sino lo que es más grave, que se despreocupan totalmente de ellas; es necesario adoptar las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal para garantizar el derecho a la educación de los menores, y acceder a la petición, que no supone la declaración de desamparo, de que se adopten medidas de escolarización de los menores y que los mismos sean tutelados por la Entidad Pública que asuma la guarda judicial de los menores y su ingreso en la modalidad de acogimiento residencial en centro de protección en el que se garantice su derecho a la educación».