

**INFORME QUE EMITE LA ASESORIA JURIDICA DE LA CONSEJERIA DE EDUCACION EN RELACION CON LA CONSULTA PLANTEADA POR EL DIRECTOR GENERAL DE PERSONAL, CENTROS Y RENOVACIÓN EDUCATIVA A PETICIÓN DE COMISIÓN PERMANENTE DE DIRECTORES DE EDUCACIÓN INFANTIL Y PRIMARIA. SOBRE RESPONSABILIDAD EN QUE PUEDE INCURRIR EN EL TRATAMIENTO DE LOS PROBLEMAS DE ALUMNOS CON PADRES SEPARADOS.**

El presente informe, que tiene por objeto el estudio de la consulta arriba referenciada, se desdobra en dos cuestiones, consistentes la primera, en dilucidar los criterios que determinan el nacimiento de la responsabilidad en el ámbito funcional en general y en el docente en particular respecto a las personas responsables de los menores matriculados en el centro y en segundo lugar que de esos criterios se deduzcan unas recomendaciones o instrucciones sobre la forma de actuar que palien o eviten la citada responsabilidad.

I.-

**Regulación de la responsabilidad en general.**

La primera cuestión es centrar el tema desde la perspectiva de que el personal que presta servicio en los centros es personal laboral o funcionario, ligado a la administración pública y por tanto su responsabilidad es la de su "empresa", cuando actúa en el ejercicio de las funciones encomendadas a su puesto de trabajo, entendiendo estos como "Servicio Público".

Por tanto hay que dejar claro en primer lugar que la responsabilidad por la actuación de su personal en el ejercicio de su cargo, es de la Administración. Los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución de 1978, que, establecen que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Estos principios constitucionales han sido desarrollados legalmente por los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y reglamentariamente por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, normativa estatal sobre responsabilidad patrimonial aplicable a la Comunidad Autónoma de Cantabria por disposición legal, de acuerdo a lo previsto en el artículo 140 de la Ley de Cantabria 6/2002 y en el artículo 1903 del Código Civil que establece que los titulares de los centros

docentes de enseñanza no superior responden de los daños que cometan los alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que se encuentren bajo el control o vigilancia de los profesores del centro.

Los titulares de los centros docentes públicos son siempre una administración pública por imperativo del artículo 108 de la LOE, por lo que las actuaciones del personal de estos centros es inicialmente responsabilidad de la administración educativa.

## II

### Regulación jurídica de las obligaciones del director y del resto del personal docente.

Debido a la heterogeneidad y multiplicidad de normas que regulan derechos y obligaciones del personal educativo, cuyo incumplimiento puede dar lugar al nacimiento de responsabilidad, penal o disciplinaria, pero no civil o patrimonial, salvo que la administración ejercite la acción de regreso, se pasa a exponer únicamente la normativa contenida en la LOE que de alguna manera pueda afectar al tema que nos ocupa.

#### *Artículo 132 Competencias del Director:*

*El Director es el representante de la Administración educativa en el centro y tiene atribuidas las siguientes competencias:*

- a) Ostentar la representación del centro, representar a la Administración educativa en el mismo y hacerle llegar a ésta los planteamientos, aspiraciones y necesidades de la comunidad educativa.*
- b) Dirigir y coordinar todas las actividades del centro, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Claustro del profesorado y al Consejo Escolar.*
- c) Ejercer la dirección pedagógica, promover la innovación educativa e impulsar planes para la consecución de los objetivos del proyecto educativo del centro.*
- d) Garantizar el cumplimiento de las leyes y demás disposiciones vigentes.*
- e) Ejercer la jefatura de todo el personal adscrito al centro.*
- f) Favorecer la convivencia en el centro, garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas*

*disciplinarias que correspondan a los alumnos y alumnas, en cumplimiento de la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo Escolar en el artículo 127 de esta Ley orgánica. A tal fin, se promoverá la agilización de los procedimientos para la resolución de los conflictos en los centros.*

*g) Impulsar la colaboración con las familias, con instituciones y con organismos que faciliten la relación del centro con el entorno, y fomentar un clima escolar que favorezca el estudio y el desarrollo de cuantas actuaciones propicien una formación integral en conocimientos y valores de los alumnos y alumnas.*

*h) Impulsar las evaluaciones internas del centro y colaborar en las evaluaciones externas y en la evaluación del profesorado.*

Artículo 131. *El equipo directivo.*

*1. El equipo directivo, órgano ejecutivo de gobierno de los centros públicos, estará integrado por el director, el jefe de estudios, el secretario y cuantos determinen las Administraciones educativas.*

*2. El equipo directivo trabajará de forma coordinada en el desempeño de sus funciones, conforme a las instrucciones del director y las funciones específicas legalmente establecidas.*

Artículo 129. *Atribuciones del Claustro de profesores.*

*g) Analizar y valorar el funcionamiento general del centro, la evolución del rendimiento escolar y los resultados de las evaluaciones internas y externas en las que participe el centro.*

En este aspecto la información al claustro sobre la situación personal o familiar de un alumno debe ser tratada con esmerada prudencia en este ámbito.

## II

### **Consecuencias jurídicas de padres separados en el centro.**

#### **1.- Nociones Generales.**

Resulta necesario antes de entrar en esta materia, realizar un breve repaso por la legislación civil reguladora de la Patria Potestad y de las facultades que ella engloba, pues de ella va a

depender el nacimiento de una posible responsabilidad en el ámbito docente.

La patria potestad es consecuencia de la filiación, los padres tienen la obligación de alimentar, proteger y educar a sus hijos menores, y para el cumplimiento de estos deberes el ordenamiento jurídico asigna unos poderes, que son los que se agrupan bajo la denominación de patria potestad.

La patria potestad la podemos considerar como una función social dual (derecho y deber al mismo tiempo) y como un conjunto de facultades instrumentales encaminadas al cumplimiento de los deberes y de las obligaciones que la ley impone a los progenitores.

Siempre que hablemos de la patria potestad tendremos que tener presente los siguientes principios:

- Se atribuye al padre y a la madre conjuntamente.
- No se ejerce en interés de los padres, sino en beneficio de los hijos.
- El carácter compartido de la patria potestad es independiente de la existencia del matrimonio entre los progenitores.
- La pérdida de la patria potestad es independiente de la existencia del matrimonio entre los progenitores.
- La pérdida de la patria potestad sobre los hijos se decide mediante **decisión judicial** (causa recogida en el art. 170 C.C)
- Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.
- El juez puede intervenir siempre en interés del menor, y adoptar las medidas que sean necesarias para tal fin.

## 2.- Titularidad conjunta y modos de ejercicio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 156 Código Civil y como consecuencia directa de la filiación, "La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno sólo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad."

Respecto a los terceros de buena fe, añade este artículo, "se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio de la patria potestad con el consentimiento del otro".

En este sentido será suficiente, por ejemplo, que el permiso escrito para que el hijo vaya a la excursión con sus compañeros de clase esté firmado por uno sólo de los progenitores; o el envío de información a uno solo de ellos dirigida al domicilio donde vive el menor.

### **3.- Imposibilidad del ejercicio conjunto.**

La coincidencia y unanimidad que implica el ejercicio conjunto de la patria potestad puede que no siempre se dé en los progenitores. El Código Civil (art.156) contempla en estos casos lo siguiente:

- En caso de desacuerdo simple, el juez, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre.
- En caso de desacuerdos reiterados o que concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones. Esta atribución, que no es de la patria potestad, sino de su ejercicio, no podrá exceder nunca de un plazo de dos años.
- En caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro.
- En caso de separación de hecho de los padres, la patria potestad se ejercerá por aquél con el que el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, en interés del hijo, atribuir a uno de ellos en exclusiva la patria potestad (atribución de su ejercicio) mantener el ejercicio conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.
- En los casos de demanda de nulidad, separación y divorcio, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente el juez adoptará, con audiencia de éstos, la medida provisional siguiente: (art. 103.C.C.):

*"Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, y tomar las disposiciones apropiadas*

*de acuerdo con lo establecido en este Código, y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona, y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndose las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez”.*

En todo caso, el ejercicio de la patria potestad vendrá determinado por el acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente (convenio regulador), o si no hubiera acuerdo, por la decisión del juez al respecto, tanto en las medidas provisionales adoptadas después de admitir la demanda de nulidad, separación o divorcio, como en las resoluciones respecto de las sentencias que dicte en estos casos.

Si los padres viven separados, y no existe ninguna resolución judicial en referencia a esta separación, separación de hecho, la patria potestad la ejercerá aquel con quien conviva el hijo (art. 156 C.C.)

#### **4.- Relación entre los progenitores y el centro docente en casos de no avenencia de la pareja. Criterios de Actuación**

Como regla general, el centro educativo es a todos los efectos un tercero de buena fe, por lo que los actos que con respecto al menor se ejerzan por alguno de los padres, se presume como realizado por los dos. El centro no debe tomar parte ni adoptar ningún posicionamiento en las relaciones privadas de los padres y de los alumnos, referentes a sus derechos y deberes para con ellos; y deberá cumplir siempre las resoluciones y requerimientos judiciales relativos a las citadas relaciones.

No obstante lo anterior, si el centro detectara alguna desavenencia actuará de la siguiente manera:

- En caso de desacuerdo entre los progenitores que viven conjuntamente, y especialmente en situaciones de desacuerdos constantes y reiterados de los padres, el profesorado o la dirección del centro docente tendría que advertir a los padres de la necesidad de que intervenga la autoridad judicial para resolver las situaciones conflictivas que se planteen.

- Si la disconformidad expresa de ambos padres afectara a cuestiones esenciales para el centro, matriculación, cambio de centro etc, la dirección tendría que instar a los padres a que pidieran al juez la resolución pertinente a este conflicto.
- Si el centro docente detectara que estos conflictos reiterados perjudican gravemente los intereses, educativos, de los hijos, estaría obligado a ponerlo en conocimiento de la Fiscalía de Menores para que procediera en consecuencia. Antes de la toma de decisión es conveniente consultar por los cauces habituales con los servicios de la Consejería, especialmente con la inspección.
- En caso de situaciones de crisis matrimonial (o de la pareja), reflejadas en separación de los padres, demanda de divorcio..., el centro docente, en cuanto tuviera conocimiento de las mismas, tendría que solicitar de los progenitores información referente a cuál de ellos tiene atribuido el ejercicio de la patria potestad, régimen de visitas establecido del otro cónyuge, advirtiendo que la ocultación de información exime de responsabilidad al centro. El procedimiento correcto de actuación sería solicitar la sentencia o el auto que atribuya la guardia y custodia, bien los originales para poder fotocopiarlos y compulsarlos, bien fotocopias autenticadas por el juzgado o por notario, así el compromiso de comunicar cualquier alteración de las medidas adoptadas que pudiera producirse, por impago de pensión, malos tratos etc..
  - En cualquier caso, si uno de los progenitores está privado de la patria potestad por decisión judicial, no podrá recoger al hijo ni visitarlo en el centro docente.
- Si uno de los progenitores no tiene la custodia del hijo, pero no ha estado privado de la patria potestad, el centro docente tendrá que tener en cuenta lo estipulado por decisión judicial en lo referente al régimen de comunicaciones y visitas con el hijo, en especial la posibilidad de comunicarse y recoger al hijo cuando éste se encuentre en el centro docente.
- A la hora de salida del colegio, los alumnos más pequeños se han de entregar a los padres que tengan atribuida la guardia y custodia, o a las personas que tengan este cargo.
- Asimismo, siempre en el supuesto de no estar privado de la patria potestad, aun no teniendo la guardia y custodia del

hijo, podrá mantener entrevistas con los profesores o tutores del hijo, y recibir información sobre el proceso educativo de sus hijos. No hay que olvidar que el artículo 156 C.C. contempla que el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial; y que no podrá impedirse sin causa justa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

- En relación a este último supuesto expuesto, todavía hay directores de colegio que se niegan a entregar las notas de los niños a los padres que no ostentan la custodia de los hijos, teniendo derecho a esa información. Obviamente, esta duplicidad de información ha de ser solicitada por el interesado que no ostente la Guarda y Custodia, justificando su situación legal mediante documentación fehaciente.

En todo caso, y como principio a tener en cuenta, las situaciones conflictivas que se planteen en estos supuestos habrán de ser resueltas por la autoridad judicial competente.

### III

#### **Derecho a la intimidad del menor en relación a la separación o divorcio de sus padres Responsabilidad del director y profesores ante la divulgación de la citada información.**

En directa relación con las obligaciones del funcionario se recoge en el artículo 4 de la Ley 1/996, de Protección Jurídica del Menor, el derecho de los menores al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, mencionando expresamente que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar intromisión ilegítima en la intimidad del menor, podrán dar lugar a acciones legales interpuestas por los representantes legales del menor, o incluso, de oficio, por el Ministerio Fiscal.

- a) Responsabilidad Penal de los funcionarios docentes.

Así el Código Penal establece en su artículo 198 que: *"La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años."*



No obstante lo anterior, no debe olvidarse que la frase fuera de los casos permitidos por la Ley, ampara que la información que en beneficio del menor debe trasmitirse a los profesores que se encargan de ese menor concretamente se encuentra dentro de los supuestos legales conforme a la disposición adicional vigésima tercera de la LOE.

El derecho penal se interviene en los casos de conductas dolosas, ante las actuaciones mas graves , y en algún caso, extraño ante estos delitos de imprudencia o negligencia, ya que el derecho penal se rige por un principio de mínima intervención, con lo cual habrán de ser valoradas las circunstancias que hayan agravados la conducta del funcionario o la hayan hecho gravemente negligente, ya que ante actuaciones "normales", realizadas bajo criterio del docente en interés del menor, no cabrá responsabilidad penal derivada de las conductas delictivas aquí expuestas.

Conductas penales de sustracción de menores, desobediencia a decisiones judiciales o administrativas o obstrucción a su cumplimiento que afectan a menores.

#### Artículo 223

*El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.*

#### Artículo 231.

*1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.*

*2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.*

Artículo 233. Apdo 1..

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

**De la sustracción de menores.**

Artículo 225 bis

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

b) Responsabilidad Disciplinaria.

Aunque la conducta del funcionario no sea lo suficientemente negligente o dañosa para acudir a la vía penal, (bien porque el juez penal no haya admitido la denuncia o el particular lesionado no haya utilizado esta vía, o en algunos supuestos incluso habiendo acudido a la vía penal citada) ello no es óbice para que la propia administración, ante una actuación descuidada de sus funcionarios en el ejercicio de sus cometidos inicie un expediente disciplinario

En este sentido , no podemos perder de vista lo dispuesto en la ley de función pública de Cantabria, donde se configura como falta graves entre otras , no guardar el debido sigilo en los asuntos que conozca por razón del cargo cuando se derive un

perjuicio grave a la Administración o se utilice en el provecho propio.

#### IV

#### Propuestas de actuación.-

1.- De las obligaciones del director, se deriva su carácter preeminente en el centro, al ser el representante del mismo, encargado además de forma específica de fomentar la relación con las familias con lo que en atención a lo expuesto en el presente informe, parece conveniente que sea el Director, de oficio o a propuesta de los profesores, el encargado recabar la información de la situación familiar del menor, requerir las sentencias judiciales, evaluar la situación, tomar las medidas necesarias de acuerdo con lo dispuesto por el juez, dictar las instrucciones al personal de el dependiente y guardar y hacer guardar sigilo al respecto.

A este respecto en el proceso de escolarización se podría elaborar un apartado en el impreso que solicitara información sobre la situación familiar del menor, de tal manera que la omisión de información o la falsedad eximiera al centro de responsabilidad por actuaciones de los padres o terceros derivadas de esa situación desconocida por el centro.

2.- Pudiera elaborarse alguna instrucción sobre esta materia, sin perjuicio de una propuesta de curso de formación para directores en colaboración con instituciones encargadas de la atención al menor, donde se recojan las recomendaciones a los directores de los centros sobre los criterios de actuación, en relaciona al ejercicio de la patria potestad del menor que acude al centro educativo según lo expuesto en el presente informe.

3.- Debido a la conflictividad dentro de las resoluciones que afectan a las relaciones familiares, concretamente a las recogidas por uno y entregas por el otro de los hijos, en el centro docente, se ha creado en algunas Comunidades Puntos de Encuentro familiares en el que la entrega y recogida de menores, en situaciones de conflictividad se efectúe en terreno neutral y adecuado, con profesionales que asistan al personal del centro.

Son también cada vez más las consultas sobre actuaciones del Servicio de menor dependiente de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, de ejecución de medidas de privación de patria potestad o de custodia en el centro educativo, por considerar menos traumático para el menor esas actuaciones al realizarlas

fuera de la casa del menor. En estas actuaciones están interviniendo un equipo de profesionales que en sus informes constan la realidad, el momento y las condiciones de la entrega; acuden al centro expertos que tranquilicen a los menores o que suavicen las influencias y presiones a que puedan estar sometidos.