



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho
Grado en Derecho

**De los delitos contra los derechos y
deberes familiares**

Presentado por:
María Zamora Iglesias

Tutelado por:
Ángel José Sanz Morán

Valladolid, 26 de Junio de 2023

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	7
3. DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA Y DE LA INDUCCIÓN DE MENORES AL ABANDONO DE DOMICILIO.....	9
3.1 QUEBRAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA DEL ART 223.....	10
3.2 ART 224.....	12
3.2.1 <i>Inducción al abandono del domicilio familiar</i>	12
3.2.2 <i>Infracción del régimen de custodia</i>	14
3.3 TIPO ATENUADO DEL ART 225.....	15
4. DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES. ART 225 BIS.....	16
5. ABANDONO DE FAMILIA.....	24
5.1 ABANDONO DE FAMILIA DEL ART 226.....	25
5.2 IMPAGO DE PENSIONES DEL ART 227.....	30
5.3 CONDICIÓN OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD DEL ART 228.....	37
6. ABANDONO DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN.....	38
6.1 ABANDONO PROPIO DEL ART 229.....	38
6.2 ABANDONO TEMPORAL DEL ART 230.....	45
6.3 ABANDONO IMPROPIO DEL ART 231.....	46
6.4 AGRAVACIONES COMUNES.....	48
6.5 USO DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LA PRÁCTICA DE LA MENDICIDAD.....	49
6.6 REGULACIONES COMUNES A LOS ARTS 229 Y 231.....	55
7. CONCLUSIONES.....	57
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	60

RESUMEN

Este trabajo aborda en profundidad el Capítulo III del Libro XII del Código Penal, bajo el Título: “De los delitos contra los Derechos y Deberes familiares”, correspondiente a los artículos 223-233 CP. El bien jurídico protegido de este Capítulo en su conjunto, se basa en preservar y resguardar la seguridad y el bienestar de los integrantes más vulnerables del núcleo familiar, además de los derechos de custodia y patria potestad en situaciones de discordia matrimonial.

Dentro de este Capítulo, podemos observar tres Secciones distintas: la primera de ellas se centra en el “quebrantamiento de los deberes de custodia y a la inducción de menores al abandono de domicilio”, formada por los artículos 223-225 CP. La segunda, referida a la “sustracción de menores” incorporada al vigente CP por la LO 9/2002. Y, por último, la tercera que hace referencia al “abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”, que regula los arts. 226-233 CP.

ABSTRACT

This work deals in depth Chapter III of Book XII of Penal Code, under the Title: "Crimes Against Family Rights and Duties", corresponding to articles 223-233 PC. The legal right protected by this Chapter as a whole is based on preserving and protect the safety and well-being of the most vulnerable members of the family nucleus, in addition to the rights of custody and parental authority in situations of marital discord.

Within this Chapter, we can observe three different Sections: The first of them focuses in the "breach of custody duties and the induction of minors to abandon domicile", formed by articles 223-225 PC, the second, referring to "subtraction of minors" incorporated into the active PC by Organic Law 9/2002, and, finally, the third that refers to "abandonment of family, minors or people with disabilities in need of special protection", which regulates articles 226-233 PC.

PALABRAS CLAVE

Abandono, sustracción, patria potestad, tutela, persona con discapacidad necesitada de especial protección, menor de edad, seguridad, deberes, derechos, inducción, familia, impago, guarda, inhabilitación.

KEY WORDS

Abandonment, subtraction, parental authority, guardianship, person with a disability in need of special protection, minor, security, duties, rights, induction, family, non-payment, guardianship, disqualification.

1. INTRODUCCIÓN

Entendemos por familia el conjunto de personas que integran la casa (*domus*) y que se hallan bajo la *patria potestas* del titular (*pater familias*).¹

En el derecho romano, ya se asignaba la denominada “defensa pretoria del nasciturus” donde se le otorgaba a la mujer embarazada de manera directa o indirectamente al *nasciturus*, según la terminología utilizada en la jurisprudencia clásica central, *la missio in possessionem ventris nomine*.² El Pretor tenía la responsabilidad de brindar apoyo a aquel que está por nacer. Se buscaba proteger al no nacido para asegurar su nacimiento, así como garantizar el reconocimiento del ya nacido dentro de la familia.

Por otra parte, los textos religiosos contienen referencias al sacrificio de niños tanto en la Biblia (Isaías 57:5), como en el Corán (Surah 16:58-69).

En el transcurso de nuestra historia, existió la práctica Espartana de “eliminar” la vida de niños que presentaban enfermedades o deformidades.

En el derecho romano, además, existía la práctica conocida como “exposición de infantes”, la cual consistía en el abandono de los recién nacidos no deseados por parte de sus padres o de la sociedad, en lugares públicos, como calles o plazas. Esta acción, implicaba el abandono del infante, con la esperanza de que alguien lo encontrara y se hiciera cargo de él. Se consideraba una forma de renunciar a la responsabilidad sobre el niño, y se creía que su destino quedaba en manos de la voluntad divina o la posibilidad de que alguien lo adoptara.

Se abandonan, además, a los menores en áreas boscosas con el objetivo de que su destino fuera determinado por los Dioses. En Ashkelon, ciudad romana de tiempos pasados, se descubrieron restos de más de un centenar de recién nacidos. Es posible que se utilizara

¹ Véase BETANCOURT, F. *Derecho Romano Clásico*. 3ª edición. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007, p. 411.

² Véase BETANCOURT, op. cit. p. 421.

como forma de control de la natalidad, el hecho de arrojarles a las letrinas donde allí fallecían. Un siglo más tarde, Constantino prohibió esta costumbre.

La práctica de abandonar y exponer a los infantes persistió durante la Edad Media y solamente, en 1649 se estableció en Reino Unido la pena de muerte para aquellas mujeres culpables por el asesinato de sus hijos. Sin embargo, esta medida resultó ineficaz, ya que el abandono perduró en todo el proceso de la Revolución Industrial.

En el siglo XVIII, se comenzó a establecer una conexión entre las alarmantes tasas de mortalidad infantil y los métodos de cuidado utilizados. Fue a través del Código Penal de 1948 el que introdujo una base legal para poder regular los actos relacionados con el abandono de menores, distinguiendo el abandono propio del impropio. Más tarde, el posterior Código Penal de 1944, reguló modificaciones significativas en relación al abandono de menores. Además, en el año 1989, se agregó la disposición que penaliza la utilización de menores para el uso de la mendicidad.

Centrándonos ya en nuestro Código Penal vigente, en los veintisiete años tras su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, los tipos delictivos regulados en este Capítulo, han experimentado modificaciones en tres ocasiones. El cumplimiento de la Ley Orgánica 9/2002, restablece la sustracción de menores, que había sido eliminado en la versión original de este Código, adicionalmente, se incorpora un apartado del art. 224 CP, que penaliza la instigación a violar el régimen de custodia. También, se realiza una modificación del artículo 622 CP, el cual contemplaba una falta relacionada con la transgresión de dicho régimen. De acuerdo con la Ley Orgánica 15/2003, se lleva a cabo una modificación en la sanción de prisión establecida en los artículos del 225-227 CP. Específicamente, se elimina la posibilidad de detención durante el fin de semana de los artículos 226 y 227 CP. Además, la Ley Orgánica 1/2015, realiza dos modificaciones en los delitos relativos a este Capítulo. En primer lugar, se reemplaza el concepto de “incapacitado” por el de “persona con discapacidad necesitada de especial protección” para

adecuar el presente CP a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006³. En segundo lugar, se han excluido las faltas contempladas en los artículos 618, 619 y 622 del Código Penal. Es por ello por lo que, desde el 1 de julio del 2005, los conflictos fruto de dichas conductas deben ser resueltos en el ámbito de la jurisdicción civil.

Por tanto, el objeto de estudio en este trabajo se basa en el Capítulo III, del Título XII del vigente Código Penal: “De los delitos contra los Derechos y Deberes familiares”. Con el principal objetivo de conocer en profundidad esta materia objeto de estudio, y su importancia y especial relevancia en una institución tan imprescindible como es la familia.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos de abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección se encuentran regulados en el Capítulo III, bajo el título “De los delitos contra los Derechos y Deberes familiares”, que comporta desde el artículo 223 al 233 del Código Penal.

En este capítulo, el bien jurídico protegido hace referencia a la protección, procurando la seguridad de los miembros de la familia, en concreto, los más vulnerables o desprotegidos, al carecer de la capacidad necesaria para garantizar esa seguridad por sí mismos.

Esta protección de la que hablamos debe presentarse según las posibilidades del sujeto y debe asegurársela a las personas que dependan de él. Haciendo referencia, sobre todo, a los hijos de ese sujeto, o a aquellas personas de las que él cuenta con su guarda y custodia, ya que la ha adquirido de manera legal o voluntariamente.

Este capítulo atañe, por tanto, a las obligaciones derivadas de la relación matrimonial, las derivadas de la unión de hecho, la relación paterno-filial y de tutela en el más amplio

³ ROCA AGAPITO, L.: “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I) Delitos contra las personas*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 1682.

sentido, las derivadas de la consanguinidad, sin olvidar la LO/1996, donde en materia de menores, el objetivo primordial es el bien del menor.⁴

A pesar de todo esto, hasta hace relativamente poco, no se le había otorgado la importancia que se merece a este capítulo, ya que no era objeto de regulación diferenciado. Es más, los Códigos Penales anteriores al vigente de 1995, en relación con estos delitos simplemente hacían referencia a ciertos derechos y deberes asistenciales básicos en el ámbito de la relación familiar. Por ejemplo, el título XI, del Libro II del CP italiano, bajo la rúbrica “Delitos contra la familia” (artículos 556-574) se ocupa específicamente de los delitos contra el matrimonio y el estado civil familiar, así como de los delitos contra la asistencia familiar, a los que añade unos controvertidos delitos contra la moral familiar”, donde destaca la pervivencia del incesto como conducta punible.⁵

La preocupación por la importancia de otorgar protección a la institución familiar surgió por primera vez en el último tercio del pasado siglo, por lo que, a raíz del vigente Código Penal, se demuestra la necesidad de esta protección con la regulación recogida en el título XII, del Libro II, bajo el título “Delitos contra las relaciones familiares”; compuesto por el Capítulo I: “De los matrimonios ilegales”, refiriéndose a los delitos concernientes al estado civil o matrimonial, o a los procedentes de la filiación del Capítulo II: “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor” y por último, el Capítulo III, concerniente a “los derechos y deberes familiares”, que nosotros trataremos con profundidad.

⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J.J, Derecho penal español Parte especial. 7ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 418.

⁵ SANZ MORÁN, A.J: “Aspectos penales de las crisis matrimoniales: una introducción”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Coord.), Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales. Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 120.

Es cierto que la incorporación de este capítulo al Código Penal es una de las reformas más importantes de las que cuenta el Código vigente, ya que, si nos remontamos al anterior Código, esta protección del núcleo intrafamiliar se regulaba en artículos dispersos. Sin embargo, la Constitución sí que preveía esta protección en su artículo 39, al establecer que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

En definitiva, el bien jurídico que se protege en este Capítulo, es de índole supraindividual, enfocándose en garantizar la salvaguarda jurídica de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el ámbito intrafamiliar y, castigando, tal y como hemos mencionado anteriormente, la violación de los derechos y obligaciones que forman parte de la relación legal entre los miembros del núcleo familiar.

Por lo tanto, vamos a centrarnos en cuatro cuestiones fundamentales: el quebrantamiento de los deberes de custodia e inducción de menores al abandono del domicilio, la sustracción de menores, el impago de pensiones, y el abandono de familia y menores.

3. DEL QUEBRANTAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA Y DE LA INDUCCIÓN DE MENORES AL ABANDONO DE DOMICILIO

Este Capítulo alude a la situación en la que una persona siendo responsable de un menor, no se lo entregara a sus padres o tutores cuando estos lo soliciten sin una justificación válida (artículo 223), además de la influencia indebida ejercida sobre el menor para que abandone su hogar familiar (artículo 224), por otro lado, se menciona también, un tipo de delito especial que implica la restitución del menor bajo ciertas circunstancias (artículo 225).

El primero de ellos, se basa en el delito anteriormente mencionado, pero formulado de manera diferente para evitar sospechas. Respecto al segundo, pierde gran parte de su significado al separarlo de la sustracción anterior y los límites de edad correspondientes. Por último, en cuanto a la causa de atenuación que se contempla en el artículo 225 CP, a

pesar de reconocer su enfoque político-criminal, su configuración específica ha sido objeto de diversas críticas.

3.1 QUEBRAMIENTO DE LOS DEBERES DE CUSTODIA DEL ART 223

El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o una persona discapacitada 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.

El presente artículo contempla su antecedente jurídico en el artículo 485/1973 CP. Refiriéndonos al bien jurídico protegido, si consideramos que es, como se mencionó al principio de esta sección, la seguridad personal, como menciona dicho artículo, de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección y los menores de edad, es evidente que este artículo, presume *iuris et de iure* la peligrosidad de la conducta para dicha seguridad.⁶ No es requisito que exista una amenaza real hacia la seguridad personal de estos sujetos, ni que el acto en sí pueda ponerla en peligro, ya que simplemente se necesita que los sujetos responsables de su tutela o guarda no los presenten sin justificación. Una vez más, podemos apreciar, que el contenido sustantivo de este delito es más bien una apariencia, dado que el delito regulado en el artículo 223 CP, se limita a violar las normas extrapenales, en este caso, el derecho de los progenitores a tener a sus hijos en su compañía y el derecho recíproco de los hijos a estar con sus progenitores.

En caso de que se cause daño o se pongan en peligro otros derechos fundamentales, puede existir la posibilidad del concurso de delitos, como se desprende también de la última parte del presente artículo. Además, no es relevante si, con anterioridad a la entrega del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, ésta ya hubiera fallecido, debido a que el delito igualmente se habría cometido, y si el fallecimiento ha sido causado

⁶ ROCA AGAPITO, L, op. cit. p. 1686.

intencionalmente o por negligencia de la persona responsable de su cuidado, entonces nos encontraríamos ante un concurso de delitos.

En cuanto al sujeto activo, se trataría del individuo que ostenta la responsabilidad de cuidar al menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, y se niega a entregarlo a sus padres o tutores legales. Este delito es considerado como especial propio. Ni los padres ni la persona que tenga la custodia legal del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, pueden ser considerados sujetos activos del delito.⁷ Sin embargo, los sujetos pasivos, serán el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección, así como los padres o tutores.

Atendiendo a la conducta típica, es importante destacar que nos encontramos ante un delito doloso de omisión pura de garante de carácter permanente,⁸ abandonando de esta manera, el delito de sospecha regulado en su antecedente del anterior Código Penal (STS 137/2017, 2-3). La conducta típica de cualquier delito de omisión implica una situación específica donde surge la obligación de actuar y que se viola al no realizar la conducta requerida, a pesar de tener capacidad para hacerlo. Por lo tanto, radica en la omisión de presentar al menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, a sus progenitores o tutores, sin una justificación válida, a pesar de haber recibido un requerimiento por parte de estos.

Cuando nos referimos a presentación, no significa una simple exhibición, ya que implica la entrega y disposición de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección a sus progenitores o tutores. Al relacionar el presente artículo con el 225 CP, se desprende que se debe verificar que el menor no debe ubicarse ni en su residencia habitual

⁷ Véase: SAP Cáceres, Sección 2ª, 15/2002, 12-2; AAP Barcelona, Sección 6ª, 11-3-2003; SAP Madrid, Sección 23ª, 102/2003, 18-11; AAP Girona, Sección 3ª, 327/2004, 27-5; AAP Cantabria, Sección 3ª, 121/2005, 27-6; AAP Madrid, Sección 23ª, 226/2011, 4-3; SAP Almería, Sección 1ª, 267/2011, 23-9.

⁸ ROCA AGAPITO, L, op. cit. p.1690.

ni en la de sus progenitores, ya que, de lo contrario, carecería de lógica la restitución mencionada en el artículo 225 CP. Por otro lado, es importante tener en cuenta que la entrega puede ser llevada a cabo de forma indirecta, es decir, facilitando a estos sujetos en un sitio en el que sus progenitores o tutores accedan a él (AAP Madrid, Sección 29ª, 864/2018, 28-12; AAP, Vizcaya, Sección 2ª, 135/2006, de 20-2). Queda por mencionar que se requiere la ausencia de justificación para así, no entregar al menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Esto alude a la ausencia de un argumento razonable para la negativa de presentar al menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección (SAP Tarragona, Sección 4ª, 493/2010, 18-10; AAP Madrid 446/2010, 23-7).

3.2 ART 224

3.2.1 Inducción al abandono del domicilio familiar

El que indujere a un menor de edad o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Nos encontramos frente a un acto delictivo común, donde en la mayoría de los casos, se produce un aprovechamiento indebido o abuso de poder por parte del perpetrador, quien, debido a su edad, tiene una posición de superioridad sobre el menor o la persona con discapacidad.

En relación al bien jurídico protegido, estamos hablando de la salvaguarda e integridad del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, a convivir junto a sus progenitores, tutores o cuidadores legales.

En cuanto al sujeto activo, se trataría del agente instigador, pudiendo ser cualquier persona, a excepción de los progenitores, tutores o cuidadores que hayan otorgado, establecido o determinado el lugar del domicilio familiar o de residencia. Mientras que el sujeto pasivo, sería el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, así como los progenitores, tutores, cuidadores legales y familiares en general. Es importante que el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección, tenga la capacidad de ser influenciado para llevar a cabo el abandono de su hogar o sitio de residencia. Un ejemplo, sería cuando una persona de 21 años, que forja una relación romántica con otra de tan solo 12, la persuade para abandonar su lugar de residencia temporal, que en ese momento se trataba del hogar de la abuela por parte de su padre, con quien vivía con la aprobación de este último. Durante ese periodo, el padre se encontraba ausente debido a compromisos laborales (SAP de Granada, de 21 de junio de 2013).

La conducta típica de este delito señala que la inducción no debe ser interpretada “en su sentido estrictamente jurídico-penal, sino en su aceptación gramatical de “instigar, persuadir o mover a alguien” a realizar alguna acción”. Además, establece que esta conducta debe ser eficaz de manera objetiva, en los esfuerzos del autor al inducir al menor de edad a que abandone el entorno natural donde se encuentra seguro y donde hay menos riesgos de posibles peligros. Así, la evaluación de la conexión causal entre el estímulo inductor y la salida del menor del hogar familiar estará sujeta al nivel de autonomía que el propio menor posea al tomar la decisión de partir.

Esta inducción debe ser efectiva, logrando el abandono del hogar o lugar de residencia por parte del menor. En este sentido, que el menor preste su consentimiento no es relevante para que se consuma este delito. (Incluso si la menor de edad ya hubiera decidido

⁹ Véase OLMEDO CARDENETE, M. “Delitos contra las relaciones familiares (II)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª edición, Madrid, Dykinson S.L, 2020, p. 417.

abandonar su hogar, sigue siendo punible y da lugar a este delito, la inducción ilegítima del abandono. (SAP de Madrid, de 18 de septiembre de 2012; STS 377/2004, 25 de marzo).

El párrafo primero del presente artículo daría lugar a un concurso con un posible delito de carácter sexual cuando, en el contexto del vínculo que guardan el perpetrador y la víctima, también ocurran actos de índole sexual (SAP de Madrid, Sección 23ª, 85/2010, de 18 de septiembre; Ourense, Sección 2ª, 5/2004, de 2 de junio; Alicante, Sección 1ª, 472/1998, de 4 de julio de 1998).

3.2.2 Infracción del régimen de custodia

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.

El sujeto activo de este delito sólo puede ser uno de los padres del menor en situaciones en las que haya un régimen de custodia establecido por una autoridad judicial o administrativa. En los casos de separación o divorcio, se refiere al progenitor que no tiene otorgado el régimen de custodia.¹⁰ Se trata de un tipo penal especial propio. En cuanto al sujeto pasivo, sería aquel que cuenta con la responsabilidad de la tutela del menor, no tratándose del propio menor, aunque haya sido inducido, ya que en este caso se considera un partícipe necesario libre de responsabilidad.

En relación a esta disposición legal, es importante tener presente que la reforma de 2015 abolió la infracción establecida en el artículo 622 CP, la cual sancionaba a aquellos progenitores que, por su propia cuenta, incumplían este régimen de custodia.

Es posible que, a pesar de la evidente intención de aumentar las penas, según lo sugerido por la Ley Orgánica 1/2015, al no haber sido derogado este apartado del artículo 224 CP,

¹⁰ Referencia tomada de SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. 4ª edición. Madrid, Dykinson, 2017, p. 252.

estos casos sean más serios a consecuencia de manipular y explotar al menor, algo que no ocurre en el tipo considerado ahora impune. Por otra parte, si una tercera persona viola dicho régimen, estará cometiendo el delito previamente tipificado en el art 223 CP.

3.3 TIPO ATENUADO DEL ART 225

Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o a la persona discapacitada necesitada de especial protección a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o la persona discapacitada necesitada de especial protección haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas.

Se trata de una categoría penal reducida que se aplica a aquellos delitos de persuasión de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección para que abandonen su hogar o lugar de residencia, así como para violar su régimen de custodia establecido. La pena para el responsable de estos actos se reduce con el fin de facilitar la reintegración del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. El objetivo es salvaguardar el bienestar y la seguridad del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, permitiendo su regreso a su entorno habitual, con el fin de prevenir cualquier perjuicio adicional para ellos.

Para que pueda considerarse este tipo atenuado, es indispensable que se cumplan las siguientes circunstancias:

- a) Que el sujeto activo devuelva al menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección a su hogar o lugar de residencia, o que los coloque en un sitio seguro y reconocible. Bien sea directa, o indirectamente.
- b) En el transcurso del tiempo en el que el menor estuvo fuera de su hogar o lugar de residencia, es fundamental que no haya sufrido maltrato, abuso o acciones

delictivas, y que su salud, su vida, libertad sexual o integridad física, no hayan sido comprometidas.

- c) Es necesario que el individuo haya informado a las personas encargadas del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o que la ausencia no haya excedido de las veinticuatro horas.

Todas estas condiciones deben de cumplirse por parte del sujeto activo. En caso de que la restitución del menor sea llevada a cabo por otro sujeto, no se daría este tipo atenuado. Es cuestionable si el atenuante se aplicaría en el primer supuesto, incluso si la no presencia del menor ha sobrepasado el periodo de un día. Sin embargo, la aplicación de esa atenuación parece estar limitada a la situación en la que el sujeto pasivo en vez de ser devuelto a su residencia habitual ha sido situado en una ubicación alternativa.

4. DE LA SUSTRACCIÓN DE MENORES. ART 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) *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) *La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.*
 - 3) *Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.*
 - 4) *Cuando el sustractor hay comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve*

a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de seis meses a dos años.

La sustracción de menores es uno de los ámbitos en los que se pone de manifiesto la rapidez con la que fue elaborado el actual Código Penal de 1995.¹¹ En anteriores Códigos Penales, bajo el título “delitos contra la libertad y la seguridad”, se regulaban varios delitos que perjudicaban al derecho de custodia de los padres y tutores: la sustracción (propia) de un menor de siete años y la mencionada como sustracción impropia:¹² que consistía en inducir al menor, siendo mayor de siete años, a abandonar el hogar de sus progenitores, junto a un “delito de sospecha” en el cual se incurría cuando la persona a cargo del menor no lo llevaba a sus progenitores o no proporcionaba el lugar donde éste se encontraba. Además, antes de la supresión en 2015 del Libro III CP, se discutía la posibilidad de aplicar las faltas mencionadas en los anteriores artículos 618 y 619 del Código Penal, los cuales tipificaban un tipo de abandono constitutivo de falta contra las personas. Entiende la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2015, que los casos captados en estos preceptos ahora suprimidos podrían calificarse en algún supuesto como omisión del deber de socorro.¹³ Se trataba de un modelo sistemático, basándose en límites de edad que determinaban la presunción de voluntad del menor o no en la acción típica.¹⁴ Por consiguiente, al ser los padres los afectados por esta acción, no podían ser a su vez, sujetos activos. Si se daba el

¹¹ Véase a lo referente a las conductas delictivas de este Capítulo, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces, Valencia, 1999.

¹² Véase SANZ MORÁN, A.J, op. cit. p. 124.

¹³ Véase SANZ MORÁN, A.J, op. cit. 125.

¹⁴ SANZ MORÁN, A.J: “Sobre la reforma del delito de rapto”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 895-906.

caso de que uno de los progenitores, contenía de forma ilegal al menor mientras se incurra en un proceso de separación o divorcio, se establecía que se había cometido un delito de desobediencia.

Este delito tipificado en el artículo 225 bis CP, se introdujo de nuevo en el Código Penal a través de la reforma de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, modificando la antigua LO 10/1995 del Código Penal y del Código Civil acerca de la sustracción de menores.

El Código Penal suprimió el delito de sustracción de menores sosteniendo que el delito de detención ilegal en su tipo agravado bastaba cuando la víctima era menor de edad (art. 165 CP). A pesar de esto, tuvo gran importancia la ausencia de penalización en casos donde no tenía lugar una privación de libertad en sentido estricto.

La reforma de esta disposición se llevó a cabo, por tanto, debido a las dificultades que existían a la hora de tipificar esta conducta de sustracción de menores en otros delitos como, por ejemplo, el delito de detención ilegal, ya mencionado, el delito de quebrantamiento de los deberes de custodia o el delito de inducción al abandono.

El objetivo que se pretendía conseguir con esta tipificación era el de castigar aquellas conductas realizadas por los progenitores que, tras una situación de disputa entre las parejas, en la que se terminaba con el vínculo afectivo, acababan actuando al margen de las resoluciones judiciales poniendo en peligro tanto el derecho de los padres a tener a sus hijos consigo, como el derecho de los hijos a relacionarse con sus progenitores.¹⁵

Esto fue lo que sucedió en el mediático caso de Juana Rivas, la cual fue condenada a dos delitos de sustracción de menores por llevarse a España de Italia donde tenían la residencia habitual, a sus dos hijos menores, negándose a entregarlos a su padre, no cumpliendo así con la resolución judicial establecida (SAP de Granada 98/2019, de 7 de marzo). Esta fue la posición clásica de la jurisprudencia, seguida por la Audiencia de Granada ya que en el

¹⁵ Véase TORRES ROSELL, N. “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 580.

2021 el Tribunal Supremo, en su sentencia de este mismo año, redujo la pena a un solo delito de sustracción de menores, estableciendo que la conducta de Juana Rivas debía ser considerada como un único delito continuado de sustracción de menores, en lugar de dos delitos separados. Esta decisión se argumentó por el hecho de que Juana Rivas actuó de manera continuada, con el propósito común de tener a sus hijos menores alejados de su padre y en paradero desconocido.

Esta Sección 2ª del Capítulo III del Título XII, está formada por una primera disposición: el artículo 225 bis CP, compuesto de cinco secciones. El apartado 1 de este artículo establece el tipo básico de la sustracción de menores. El apartado 2, hace referencia a dos modalidades: el traslado y la retención del menor. El apartado 3, regula dos agravantes de este delito. El apartado 4, añade una causa personal de supresión o de levantamiento de la pena y un tipo atenuado. Por último, el apartado 5 establece una cláusula de extensión de la autoría a diferentes familiares del menor y del progenitor.¹⁶

El bien jurídico protegido de este delito tiene como finalidad salvaguardar la seguridad del menor, basada no solamente en la ausencia de peligros, sino también en el derecho del menor a tener una relación regular con sus progenitores.

Este delito de sustracción de menores se establece como un delito especial. El sujeto activo solamente puede serlo el progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Este delito podrá contar además con la participación de colaboradores del autor, que serán juzgados según lo establecido en el artículo 65.3 CP. A pesar de que el término “progenitor” en sentido estricto de la palabra, se refiere solamente al padre o madre biológicos del menor, es decir, sugiere una referencia exclusiva a la filiación biológica, el Código Penal también contempla la filiación adoptiva, si lo relacionamos con lo regulado en los artículos 39 CE y 108 CC. Por consiguiente, además, pueden incurrir en este delito los padres adoptivos, a pesar de no ser en sentido estricto los padres del menor. Por otro

¹⁶ Véase ROCA AGAPITO, L, op. cit. p. 919.

lado, el uso del singular no elimina la posibilidad de que ambos progenitores incurran en este delito en el caso de que un tercero cuente con la custodia del menor, dando lugar a una coautoría.

En segundo lugar, respecto a los sujetos pasivos, serían los hijos menores de 18 años que no estén emancipados.

La conducta típica hace referencia a la privación del menor de sus padres por parte del otro padre o de una institución la cual cuente con su custodia, sin justificación de causa (LLORIA GARCÍA).¹⁷ El Código Penal sostiene una conducta específica de sustracción en su artículo 225 bis. 2. Por lo que este concepto, consiste en dos conductas diferentes:

- a) Trasladando al menor de su residencia habitual sin que el padre con el que conviva haya prestado su consentimiento, o sin que lo hayan prestado la persona o institución a la que se le haya confiado su guardia o custodia. En el caso de que se haya otorgado el consentimiento del otro progenitor no se incurriría en este delito.
- b) Reteniendo al menor, incumpliendo una obligación establecida en una disposición judicial o administrativa. Si se da esta situación, el padre que no cuenta con la custodia del menor, lo retiene y no lo entrega al sujeto o instituciones que le corresponde según esta disposición. Para que se establezca este delito, debe tratarse de un incumplimiento grave ya que, si se tratase por ejemplo del incumplimiento de un régimen de visitas por parte de uno de los padres, no se incurriría en un delito del artículo 225 bis. 2. si no que se estaría incurriendo en un delito de desobediencia.

Por otro lado, el apartado 1 artículo 225 bis CP en su tipo básico, argumenta que es fundamental que la sustracción del menor tenga lugar “sin causa justificada”. Es decir, esto implica que la mera desobediencia formal a la decisión judicial no es suficiente para incurrir en este delito. Desde un primer momento, quedan descartadas situaciones donde

¹⁷ Referencia tomada de SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C, op. cit. p. 255.

la sustracción del menor pueda estar justificada dado que el progenitor, la persona o institución al cargo del menor lo abandonen, lo maltraten o no cumplan con las obligaciones legales establecidas de manutención, educación, entre otras. Por lo tanto, cuando uno de los progenitores tome la decisión de llevarse al menor a un sitio desconocido o de tenerlo oculto no cumpliendo con la decisión judicial de custodia o guardia del menor, no está en ningún caso justificada (SAP de Granada 98/2019, 7 de marzo, en el caso “Juana Rivas”).¹⁸

En los supuestos en los que se comparta la custodia, no se incurrirá en este delito. Si no hay una disposición que conceda la custodia a uno de los padres, no se tipifica el artículo 225 bis.2. al padre que tenga al menor. Existen numerosas sentencias que sostienen que, para considerar que se ha producido un delito de sustracción de un menor, se requiere que haya primero una disposición judicial o administrativa, la cual otorgue la custodia a uno de los progenitores. En el caso en el que todavía no se haya dictado ninguna disposición, en situaciones de crisis familiares, el traslado del menor realizado por parte de uno de los progenitores no puede considerarse como sustracción según lo establecido en el tipo penal. Esta interpretación ha dado lugar a la absolución de este delito en los casos en los que, a pesar de constatarse el traslado del menor por parte de uno de los progenitores, incluidos supuestos en los que el traslado se da fuera de España (Auto AP Sevilla 33/2005, de 20 de enero), no existía una resolución judicial que concediera un mejor derecho a uno de los progenitores para tener la custodia del menor, lo que significaba que ambos seguían compartiendo la custodia de éste. En relación a esto, se han pronunciado, por ejemplo, los Autos de la AP Tarragona 485/2009, de 14 de octubre, AP Madrid 1109/2007, de 29 de octubre, y la SAP Burgos, 185/2009, de 9 de julio. Similar planteamiento permite excluir

¹⁸ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 24ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 307.

el delito en supuesto de guarda y custodia compartidas acordada en convenio regulador (Auto AP Las Palmas 690/2008, de 24 de noviembre).¹⁹

La consumación tendrá lugar, en el momento en el que uno de los padres sustraiga al menor de aquel que tenga otorgada su custodia.

Este delito del artículo 225 bis.2. Es, por tanto, un delito de consumación instantánea y de carácter permanente, ya que la situación ilícita se mantiene hasta que el menor sea restituido a la persona que tiene la custodia (GONZÁLEZ RUS).²⁰ Es decir, el delito se consume en el momento que se sustrae al menor, sin embargo, la situación de ilegalidad continuará hasta que el menor no sea devuelto a la persona que tenga su custodia legítimamente establecida.

Tipo agravado

El tercer apartado de este artículo 225 bis, regula un tipo agravado que puede ser aplicado en dos circunstancias distintas: cuando el menor es trasladado fuera del país, o cuando sea exigida alguna condición para que éste sea restituido.

La razón por la que se agrava la pena tipificada en el tipo básico, la cual es aplicada en su mitad superior, se debe a la gran dificultad que establece la localización y el retorno del menor en ambos casos.

En el primero de los supuestos, la complicación puede proceder de la distancia geográfica, así como del riesgo que existe al utilizarse el traslado con el objetivo de conseguir una ventaja legal en el país al que es trasladado el menor (SAP Guadalajara 28/2009 de 27 de

¹⁹ Véase MORALES PRATS, F. “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª edición. Pamplona, Aranzadi, 2016. p. 583.

²⁰ Referencia tomada de SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, op. cit. p. 256.

enero, en este caso la madre ha trasladado a su hijo menor a Ucrania y ha presentado una resolución que ha sido dictada en su país donde se establece la residencia del menor junto a ella. Esto podría entrar en contradicción con la correspondiente disposición judicial que ha sido regulada en España, la cual indica que la custodia le pertenece al padre).

El segundo supuesto, alude a la libertad del progenitor que cuenta con la custodia del menor, imponiendo condiciones de manera frecuente acerca del régimen financiero del matrimonio o sobre las visitas después de una situación de separación o divorcio.

Tipo atenuado

El artículo 225 bis.4 establece por una lado, una cláusula de exención de pena y un tipo atenuado, ambos con intención de recompensar el acto positivo del delincuente tras cometer el delito, ya que se restituye al menor a su lugar de residencia habitual.

En relación a la exención de la pena, este artículo sostiene que se aplicará al autor del delito que ha cometido la sustracción, que comunique al otro progenitor o al cuidador legal del menor, el paradero de éste en un plazo de máximo veinticuatro horas tras la sustracción y que se comprometa a restituir al menor de forma inmediata. En su lugar, esta exención de pena también puede ser aplicable si la ausencia del menor no supera un máximo de veinticuatro horas, no sancionando el delito de sustracción. Cabe mencionar que, según lo que dispone este apartado, los plazos se computarán a partir de la fecha de la denuncia y no desde la sustracción en sí. Igualmente, si la comunicación tiene lugar antes de la realización de la denuncia, se aplicarán las mismas condiciones establecidas en el artículo.

Este artículo, a su vez, regula un atenuante que da la posibilidad de aplicar una pena de prisión de seis meses a dos años, en lugar de la pena máxima de cuatro años y la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad regulada en el tipo básico. Esta reducción de la pena será aplicada en los casos en los que el delincuente entregue al menor que ha sido víctima de la sustracción en un plazo de hasta quince días desde que esta sustracción tuvo lugar. La reforma que introdujo la LO 1/2015 junto con la eliminación del delito regulado en el antiguo artículo 622 del Código Penal, omite la conducta del

progenitor que, tras haber informado del lugar donde se encuentra el menor, lo entrega dentro de un plazo de quince días. Es fundamental observar si los tribunales, tras la nueva redacción legal, interpretan ampliamente la cláusula de exención de la pena, entendiendo que este compromiso de devolución inmediata se extenderá hasta quince días después del momento en el que tenga lugar la sustracción, o si la reducción de la pena será aplicada en todos los supuestos en los que haya existido comunicación entre los padres y se haya determinado el lugar donde se encuentra el menor.

Por último, en relación con este tipo atenuado, cabe destacar que, a pesar de existir semejanzas con el del artículo 225 CP, las disposiciones de este artículo, son más rigurosas ya sea en lo que respecta a la exención de la pena como a la reducción de la misma. En el artículo 225 bis, solamente se permite la restitución indirecta o el abandono del menor en las inmediaciones del lugar habitual de residencia (SAP Madrid 103/2006, de 7 de noviembre).

5. ABANDONO DE FAMILIA

La Sección 3ª del Capítulo III del Título XII perteneciente a la Parte Especial del Código Penal, hace alusión a los delitos de “abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Esta normativa puede dividirse en dos secciones. En primer lugar, el abandono de familia y, en segundo lugar, el abandono de menores o personas con discapacidad.

El abandono de familia, que procederemos a analizar a continuación, se regula en dos delitos: el incumplimiento de deberes de asistencia en el ámbito familiar (art. 226) y el delito de impago de pensiones (art. 227); además de, una condición objetiva de procedibilidad (art. 228).²¹

²¹ Véase ROCA AGAPITO, L, op. cit. p. 929.

5.1 ABANDONO DE FAMILIA DEL ART 226

1. *El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.*²²
2. *El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela o guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.*²³

El actual artículo 226 referente al abandono de familia, tiene su antecedente jurídico en el artículo 487 CP/1973, el cual contemplaba dos situaciones tipificadas. La primera de ellas, sostenía el no cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio, cuando el abandono fuese intencional o la conducta del responsable fuese desordenada. En este sentido, se pedía por lo menos el intento de cumplir con estos deberes, de tal forma que, si no se demostraba una mínima intención de realizar este cumplimiento, la omisión era considerada punible. Por lo que, la capacidad necesaria era la capacidad de intentar cumplir con estos deberes de patria potestad, tutela, etc. Dicha capacidad, debe, también, ser entendida como una capacidad de acción general sin depender de conocimientos especiales ni de habilidades específicas. Por lo tanto, generalmente, se consideraba que el omitente contaba con capacidades normales (STS 22 julio 1992 [RJ 1992, 6688]).

Una de las primeras críticas dirigidas al artículo 487 bis CP/1973, se centraba en su excesivo enfoque moralizante, ya que se distanciaba de las exigencias de los principios de

²² Apartado 1 modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

²³ Sección numerada por el art. 1.2 de la LO 9/2002, de 10 de diciembre.

necesidad de la intervención. Esto se debe a que el artículo se refería a comportamientos como los de “abandono malicioso del hogar o conducta desordenada”.²⁴

Realmente, este artículo 487 del CP/1973, consistía en un delito de omisión propia que atendía a dos hipótesis típicas diferentes. En primer lugar, era castigado el incumplimiento formal de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio.

En segundo lugar, se contemplaba un delito de omisión de peligro que hacía referencia a la incapacidad para el trabajo del cónyuge no culpable de la separación (STS 15 de marzo 1988 [RJ 1988, 2015]).

El vigente artículo 226 CP, hace referencia al abandono de familia, sosteniendo como delito el incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, junto con el deber de prestar asistencia para el sustento de descendientes, ascendientes o cónyuges que se encuentren en situación de necesidad.

Si nos acogemos al título de este artículo, nos sugiere que son los derechos y deberes familiares los que se encuentran perjudicados. En realidad, son los derechos que derivan de las relaciones de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar los que se ven vulnerados, así como los referentes al derecho al sustento que se obtienen por la mera pertenencia a la relación familiar.²⁵ Por lo tanto, nos encontraríamos, ante lo que la doctrina denomina como un delito de omisión propia de garante, es decir, un delito producido a consecuencia de la insatisfacción de los derechos, o dicho de otra manera, por no cumplir con los deberes correspondientes a la relación familiar.

²⁴ Véase PRATS CANUT, J.M. “De los delitos contra los derechos y deberes familiares.” en MORALES PRATS, F. (Coord.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. 5ª edición. Navarra, Aranzadi, 2005, p. 553.

²⁵ Véase CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) *Derecho Penal Parte Especial*. 7ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 330.

Por otro lado, se trataría también, de una norma penal en blanco. En este caso, los derechos inherentes a la patria potestad se encuentran regulados en el artículo 154 y consisten en: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, proporcionarles alimentos, educarlos y brindarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

La patria potestad hace referencia al conjunto de derechos y deberes que la ley ha otorgado a los padres en relación a sus hijos menores de edad y no emancipados. Todos estos derechos y deberes que acabamos de citar otorgan a los padres el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación en favor de sus hijos.

Según Octavio de Toledo,²⁶ junto a todos estos deberes citados, también deberían incluirse los deberes de tutela correspondientes a los padres o madres que han perdido su patria potestad, tal como se menciona en el artículo 110 CC.

El artículo 269 CC, regula los deberes inherentes a la tutela, los cuales incluyen garantizar el sustento del menor, su educación, y formación integral, fomentar su desarrollo y proporcionar informes anuales al juez sobre su situación y administración de bienes. De igual modo, el acogimiento familiar implica la integración plena del menor en el núcleo familiar, lo que supone responsabilidades como su cuidado, compañía, alimentación, educación y formación integral, tal y como se regula en el artículo 173 del Código Civil.

En relación con lo anterior, la guarda o acogimiento familiar puede ejercerse por medio de la tutela, la curatela y el defensor judicial, y son considerados como posibles supuestos delictivos, aunque poco probables en la práctica. Se hace mención, también, al deber de sustento hacia los descendientes, ascendientes y cónyuges, siempre y cuando se cumpla con la situación de necesidad del sujeto.

El incumplimiento de estos deberes podría ser considerado delictivo si se tratase de una falta de cumplimiento de carácter permanente o continuo, no obstante, no tienen por qué incumplirse todos los deberes para que la conducta sea punible. En este contexto, es

²⁶ Véase CARBONELL MATEU, J.C, op. cit. p. 330.

preciso recordar, con Octavio de Toledo, mencionado anteriormente, la exigencia de que el sujeto activo pueda cumplir con sus obligaciones; esto es, que no esté imposibilitado materialmente a realizar la conducta esperada. En tales casos, estaremos ante supuestos de atipicidad, por no existencia del deber previo de asistencia.²⁷

Este artículo, hace referencia, por tanto, al abandono de familia, encontrándose diferentes corrientes doctrinales en relación al bien jurídico protegido:

- a) La primera de estas corrientes argumenta que los derechos que derivan de las relaciones familiares de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, además de preservar las condiciones materiales mínimas, garantizan una vida digna a aquellas personas unidas por un vínculo familiar.
- b) La segunda defiende que, el bien jurídico protegido de este artículo es la integridad personal de los sujetos que dependen de otras personas por razones familiares y sus responsables legales deben prestarles asistencia.
- c) La siguiente postura sostiene que, ha de protegerse la seguridad personal de los menores o personas necesitadas de especial protección.
- d) Una última doctrina establece que, la propia institución familiar sería el bien jurídico protegido.

Se establecen dos conductas típicas en este artículo. En ambas, el no cumplimiento de los deberes ya citados debe ser trascendental y prolongado en el tiempo, teniendo en cuenta los principios de intervención mínima y fragmentariedad del Derecho Penal (STS 730/11, 12-7: el hecho de haber abandonado a un menor debe suponer una clara situación de desatención y abandono). Estas dos conductas típicas son, por lo tanto:

En primer lugar, el no cumplimiento de estos deberes legales de asistencia referentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar:

Por un lado, referente a la patria potestad (STS 1563/98, 15-12: se abandonó un menor solo en un parque cercano hasta las tres de la mañana; SAP Álava 2ª 96/09, 1-4: hace referencia a la falta de asistencia escolar en la que no se permite utilizar motivos culturales relacionados con la etnia como justificación para dicha conducta; Sevilla 3ª 438/08, 17-9:

²⁷ Véase CARBONELL MATEU, J.C, op. cit. p. 331.

absentismo escolar reiterado; Zaragoza 3ª 313/06, 8-7: abandono de familia por absentismo escolar de hijo menor; Alicante 1ª 428/04, 13-9: madre que no deja entrar en su domicilio al hijo afectado de trastorno de conducta).²⁸

Por otro lado, referente a la guarda, tutela o acogimiento: (SAP Álava 2ª 29/05, 14-2: abuelos que ostentan la guarda de hecho de un nieto y que consienten su permanente absentismo escolar).²⁹

En segundo lugar, el no cumplimiento de la asistencia legal que es exigida en relación a descendientes, ascendientes, cónyuges. Podría considerarse, además, un incumplimiento de los deberes de tutela por parte de los padres que han sido privados de la patria potestad (artículo 110 CC), ya que a pesar de esto se les pueden proteger como descendientes. Este tipo, se centra únicamente en asegurar lo esencial para la subsistencia de estos sujetos.

En tercer lugar, los factores que comparten estas dos conductas serían:

En primer término, la definición civil de alimentos (art. 142 CC). Por otra parte, la situación de necesidad de aquellas personas que se les otorga asistencia financiera. Además de, lo relativo a la atipicidad referente a ciertas conductas en cuanto a la prestación de alimentos regulado en el artículo 152 CC. Por último, para poder cumplir con la obligación legal de asistencia, la persona que proporcione estos alimentos deberá contar con capacidad personal (SAP Zaragoza 3ª 406/05, 27-9: falta de capacidad de una madre para cuidar a su hija con discapacidad mental debido a haberse sometido a una cirugía; AAP Zaragoza 1ª 357/06, 21-7: absuelta una madre en situación de sobrecarga y falta de ayuda por parte del padre, tras enterarse del absentismo escolar de su hijo de 15 años; SAP Zaragoza 3ª 190/06, 16-3: absuelto un padre tras haberse demostrado la imposibilidad de cumplir con sus deberes legales de asistencia como consecuencia de dificultades económicas).

²⁸ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “Delitos contra las relaciones familiares” en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo 1*. 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019. p. 376.

²⁹ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, op. cit. p. 377.

Por lo tanto, respecto al tipo objetivo; en relación al sujeto activo, este delito del artículo 226, puede ser cometido por cualquier persona imputable que ejerza la patria potestad, la tutela o el acogimiento familiar. Es decir, la persona que quedaba obligada a cumplir con los deberes mencionados en este artículo. Por otro lado, el sujeto pasivo de este delito, podría ser cualquier hijo o descendiente menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o dicho de otra forma, la persona sobre la que recaen los deberes mencionados anteriormente.

Es importante mencionar que, respecto a los sujetos que se encuentran implicados en dicho delito, a diferencia de lo que ocurría con el anterior artículo 487 CP/1973, el principio de legalidad no limita la aplicación del vigente artículo respecto a la curatela y a la defensa judicial.

Por otra parte, haciendo referencia al tipo subjetivo, se exige dolo, es decir, que exista conocimiento del no cumplimiento de los deberes establecidos en este artículo. Si se incurre en un error acerca de la existencia de dichos deberes, deberá considerarse como un error de tipo contemplado en el artículo 14.1.³⁰

El número 2 de este artículo, establece que el Juez o Tribunal, impongan la inhabilitación especial para poder ejercer los derechos de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en el período de cuatro a diez años. Este efecto es lógico dado el incumplimiento de los deberes correspondientes a estas situaciones anteriormente citadas.

5.2 IMPAGO DE PENSIONES DEL ART 227

1. *El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de utilidad de matrimonio, proceso de*

³⁰Véase MUÑOZ CONDE, F, op. cit. p. 307.

filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

- 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.*
- 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adendadas.*

El actual artículo 227 CP tiene su antecedente en el art. 487 bis CP/1973, incorporándose al actual Código Penal por la LO/1989. Históricamente se aludía a la “prisión por deudas” para referirse a quien incumplía una deuda y era encarcelado. Era utilizada como una forma de coerción para así garantizar el cumplimiento de las obligaciones financieras. Este delito ha sido polémico desde que su entrada en vigor en el actual Código Penal, siendo acusado se ser un vestigio de esta mencionada prisión por deudas.

En referencia a este delito, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre, establece que “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”, por lo que aquí este delito se encuentra

expresamente prohibido, dado de específica eficacia en nuestro Ordenamiento jurídico por mor del artículo 10.2 CE.³¹

Antiguamente, además, al mencionar este artículo, se juzgaba el hecho de que el cónyuge con más recursos económicos, de forma voluntaria, no realizaba los pagos al otro cónyuge correspondientes a la pensión de sus hijos que carecían de recursos. Este hecho era bastante común hace varios años cuando la custodia de los hijos era casi siempre concedida al cónyuge que contaba con menos recursos. Sin embargo, actualmente, la situación financiera de las parejas ha dado un gran cambio ya que a día de hoy la mayoría de las mujeres cuentan con un trabajo, participando en la actividad económica del hogar.

³¹ Véase PRATS CANUT, J.M, op. cit. p. 562.

Por todo lo anterior, actualmente, debe evitarse cualquier procedimiento automático legal en cuanto a adoptar acuerdos financieros en cualquier proceso de nulidad, separación legal, divorcio, etc.

Lo referente, por tanto, a los recursos financieros de cada cónyuge, dejó de ser un elemento relevante tras la Ley Orgánica 3/1989.

El actual impago de pensiones hace referencia a tres supuestos tipificados en este artículo 227 CP:

Por un lado:

- Impago de prestaciones económicas en supuestos de separación, divorcio, nulidad del matrimonio y procesos de filiación o de alimentos. Regulado en el artículo 227.1 del Código Penal.

El bien jurídico protegido de este artículo, hace referencia a la seguridad de los sujetos que tienen concedida la prestación económica (PÉREZ MANZANO),³² obtendrán los recursos necesarios para garantizar sus necesidades y poder llevar a cabo sus actividades cotidianas de forma habitual, sin correr riesgos o dificultades.

En cuanto al sujeto activo de este delito, es la persona responsable de prestar la cantidad económica que ha sido estipulada en un acuerdo o fallo judicial; los padres o cónyuges. Es un delito especial propio (GONZÁLEZ RUS).³³

Se requiere, por tanto, que el sujeto que tiene la obligación de pagar tenga la capacidad objetiva de cumplir con su deber. En el caso de que no pueda pagar debido a razones económicas, se consideraría una situación excepcional (SSAP Asturias 2ª 256/15, 21-5;

³² Referencia tomada de SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C, op. cit. p. 260.

³³ Referencia tomada de SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C, op. cit. p. 261.

Valladolid 4ª 165/15, 18-5). Es por tanto que, si no se solicita una modificación de las medidas que han sido aprobadas por el tribunal, se considerará que el sujeto tiene capacidad económica para hacer frente al pago (SSAP Madrid 3ª 323/15, 14-5). Existen dos posturas acerca de quién debe demostrar la capacidad económica en este delito:

Por un lado, se defiende que la capacidad económica es un elemento esencial del delito y, por lo tanto, la acusación debe demostrar que el acusado tenga capacidad para pagar (SSAP Barcelona 2ª 406/15, 20-5; Alicante 2ª 116/15, 26-2).

Por otro lado, otra parte de la doctrina defiende que la carencia de capacidad económica es un impedimento y, por lo tanto, esta prueba correspondería a la defensa (SSAP Zaragoza 3ª 89/15, 6-5; Barcelona 10ª 404/15, 29-4).

Es decir, el sujeto activo debe tener una clara intención de no pagar y así no incurrir en la denominada prisión por deudas (STS 3-4-01; SAP Burgos 1ª 25-5-01).

En relación con el pago parcial de las mensualidades, algunos tribunales interpretan que, si el sujeto activo paga parcialmente, se entiende como falta del elemento subjetivo y, por lo tanto, no se considerará aplicable el delito de impago de pensiones. (SSAP Murcia 2ª 113/15, 3-3; Murcia 3ª 45/03 15-10; Madrid 4ª 157/03, 7-5; Sevilla 419/00, 5-7).

Mientras que el sujeto pasivo, pueden ser tanto los cónyuges como los hijos que tengan derecho a recibir dicha cantidad económica. No pueden ser, en ningún caso, considerados sujetos pasivos, aquellos que no sean legítimamente responsables del pago de alimentos, a diferencia de los ascendientes y miembros de parejas de hecho separadas. Además, su protección debe ser garantizada por medio de la ley de abandono de familia (art. 226). Por lo que solo aquellos que tienen una obligación legal de proporcionar alimentos pueden ser sujetos pasivos en un proceso de alimentos.

La conducta típica hace referencia al impago de dicha prestación económica dirigida al cónyuge o hijos, bajo las siguientes circunstancias:

- a. A lo largo de dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos.

En el supuesto en el que se produzca un impago de cuatro meses no consecutivos, podrán considerarse todos los meses en los que no se ha realizado el pago hasta transcurridos cinco

años desde que la deuda prescriba civilmente. Para poder determinar que se haya incumplido la obligación de pago correspondiente, es irrelevante la situación de necesidad del acreedor. (SSAP Asturias 8ª 102/15, 22-5; Madrid 6ª 395/15, 21-59).

- b. Cuando la prestación se ha establecido por medio de fallo judicial o acuerdo legalmente expresado por un juez.

Podemos englobar en esta categoría, tanto los decretos que contemplan medidas provisionales como las disposiciones judiciales, sin embargo, habría que excluir los pactos o convenios privados que no hayan sido homologados por el sistema judicial.

- c. En los supuestos a los que hace referencia el artículo 227.1 CP.

(SSAP Cáceres 2ª 207/15, 12-5; Las Palmas 2ª 153/06, 15-6). En relación a estos supuestos, no se ha dado acuerdo ni judicial ni doctrinal en relación a si la ley solamente debe aplicarse a las ayudas que cubren los gastos económicos de alimentos (art. 142 CC) o si de otro modo, también podría extenderse a otras formas de ayuda económica como las pensiones compensatorias (a favor SAP Cáceres 2ª 207/15, 12-5). Sin embargo, sí que nos encontramos con unanimidad doctrinal al afirmar que las pensiones por alimentos no pueden compensarse con otras obligaciones económicas (STS 576/01, 3-4).

Podemos apreciar la causa de justificación del estado de necesidad cuando la persona carece de los medios económicos necesarios para cumplir con la obligación de pago que ha sido establecida.

La consumación ocurre en los supuestos en los que la prestación económica que se ha establecido de manera legal no ha sido pagada durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. Se trata de un delito de omisión. Si se ha establecido más de una prestación económica, el delito se consuma cuando se incumpla una de ellas (GONZÁLEZ RUS).³⁴

³⁴ Referencia tomada de SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C, op. cit. p. 261.

La consumación de este delito depende de si es considerado como un delito permanente o no, y de cómo los delitos de peligro sean defendidos. Si es considerado un delito permanente, la consumación tiene lugar cuando ocurre un impago continuado durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, y su consumación continúa hasta que cesa el impago. (SSAP ÁVILA 5/04, 19-1; Madrid 305/03, 5-9). Afectando a: por una parte, la capacidad de clasificar un impago prolongado como un delito continuado o un concurso real de delitos, por otro lado, al plazo de prescripción, ya que no comienza a computarse hasta el cese del incumplimiento y en último lugar, a la posibilidad de diferenciar entre impagos más o menos graves.

La Consulta FGE 1/2007 establece una serie de criterios para poder delimitar el período objetivo de enjuiciamiento, afectando a la hora de determinar la responsabilidad civil y proporcionando el derecho de defensa.

Otra cuestión que se aborda es la relativa al concepto de delito de peligro, encontrándonos dos posturas:

La primera de ellas alude al delito de peligro hipotético. Aquí, no es tan importante si los beneficiarios verdaderamente necesitan el pago de la deuda junto con el desamparo debido al incumplimiento del deber (STS 185/01, 13-2);2º).

La segunda postura, se refiere al delito de peligro abstracto. En este caso, sí que es relevante que el bien jurídico protegido se encuentre afectado de alguna forma, mientras que la conducta de omisión por parte del sujeto activo, solamente se considerará atípica en el caso de que el beneficiario de la pensión tenga suficientes recursos como para asegurarse una vida digna (SAP Cantabria 4/00, 3-3: la pensión compensatoria no posee carácter asistencial, es crédito ordinario no exigible a través de la conminación penal).³⁵

- Impago de cualquier otra prestación económica.

Recogido en el artículo 227.2 CP. La aparición de esta cláusula es debida a que, si el acuerdo o disposición judicial estipulaba el pago de la compensación económica en una

³⁵ FERNÁNDEZ BAUTISTA, S, op. cit. p. 379.

sola vez o en dos plazos, no se contemplaba dentro del apartado 1 del artículo 227 CP, que hace referencia de manera específica a los acuerdos de pago periódicos, tanto de prestaciones de alimentos, una compensación económica en el caso de anulación del matrimonio en beneficio del cónyuge de buena fe (art 98 CC). Como de otras prestaciones mencionadas en el art. 99 CC. (SAP Burgos 1ª 73/05, 20-4; Castellón 1ª 364/03, 29-11; AAP Álava 2ª 312/07, 21-9). (STS 25.06.2020 en relación al incumplimiento de un pago hipotecario.)

- Reparación del daño procedente del delito del artículo 227.3.

Precisando este contenido, abarcamos la responsabilidad civil a la que hace referencia el delito.

Este apartado establece que el sujeto activo deberá pagar las deudas antes de realizar la infracción penal. Por lo que el sujeto activo, queda obligado a pagar en el ámbito penal, con independencia de que la deuda sea considerada o no susceptible de inclusión en cuanto a la responsabilidad civil proveniente de este delito (STS 29.04.2021.)

Por lo tanto, parece plausible que, en aras del principio de economía procesal, no se obligue a la víctima una vez recaída sentencia condenatoria por el impago de la prestación correspondiente, a acudir a la vía civil para hacerse en pago.³⁶

La reparación del daño no solamente es aplicable en casos de responsabilidad civil, sino que también es utilizada, además, como atenuante en caso de delito, siempre y cuando se realice el pago antes del juicio oral.

Se plantea aquí, la cuestión sobre la permanencia de este delito, la cual ha sido afirmada por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales por medio de disposiciones interpretativas del delito anterior de abandono de familia.

La afirmación de la naturaleza permanente de este delito, por la que se entiende que “la situación antijurídica creada por los actos iniciales que la caracterizan prosigue desarrollándose en su consumación ante la actitud pasiva del sujeto activo, quien podría en

³⁶ Véase PRATS CANUT, J.M, op. cit. p. 227.

cualquier momento hacerla cesar voluntariamente” (SAP Asturias 12 enero 1998).³⁷ Si este delito se ha cometido previa entrada en vigor del nuevo Código Penal, la condena sólo debería ser por las cantidades adeudadas a partir de esa fecha.

La posibilidad de reducir la indemnización se efectuaría si se hubiese solicitado una modificación de medidas, además de acordarse una reducción en la pensión.

La jurisprudencia declara que los efectos de esta disposición deben ser aplicados a partir de la fecha en que se expuso la demanda de modificación de medidas.

5.3 CONDICIÓN OBJETIVA DE PERSEGUIBILIDAD DEL ART 228

Los delitos previstos en los artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

El presente artículo tiene su antecedente histórico en el artículo 487 CP/ 1973.

Este artículo exige que, para poder iniciar un procedimiento legal por delitos de abandono de familia, la persona perjudicada o el representante de ésta, debe presentar una denuncia previa. Asimismo, cabe destacar también, que el perdón por parte de la persona perjudicada no le es reconocido efecto para poder extinguir dicha responsabilidad penal. Bajo estas circunstancias, los delitos relativos al abandono de familia son considerados delitos semipúblicos, aunque en las situaciones en las que se trate de un perjudicado menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección, o una persona mayor indefensa, se podrían considerar incluso como cuasi públicos.³⁸ Esto es, debido a que el Ministerio Fiscal tiene, además, la facultad de ejercer la acción judicial por medio de la prestación de la denuncia que corresponda.

³⁷ Véase PRATS CANUT, J.M, op. cit. p. 227.

³⁸ Véase ROCA AGAPITO, L, op. cit. p. 940.

6. ABANDONO DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

Como mencionamos anteriormente, la Sección 3ª del Capítulo III del Título XII perteneciente a la Parte Especial del Código Penal, regula los delitos de “abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”. Dividiéndose en primer lugar, en el abandono de familia, explicado con anterioridad y, en segundo lugar, el abandono de menores o personas con discapacidad.

Ésta última parte, que procederemos a analizar a continuación contiene varias formas propias de abandono, (el art. 229 hace referencia al conocido como abandono propio, en cambio el art. 231 alude al abandono impropio (ya que no se trata de un abandono propiamente dicho), quedando como tipo intermediario el abandono temporal del art. 230.³⁹

Esta Sección 3ª, contiene además el uso de menores para la mendicidad (art. 232) y finaliza completando con una serie de disposiciones comunes al abandono de menores, que no de personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 233).⁴⁰

6.1 ABANDONO PROPIO DEL ART 229

- 1. El abandono de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con una pena de prisión de uno a dos años.*
- 2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.*
- 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de*

³⁹ Véase MUÑOZ CONDE, F, op. cit. p. 313.

⁴⁰ Véase ROCA AGAPITO, L, op. cit. p. 929.

especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

En esta Sección, es importante diferenciar si el abandono ha puesto en riesgo la vida del menor, o en cambio, la vida de la persona con discapacidad necesitada de especial protección. Asociado a ambos artículos, nos encontramos con el art. 230 CP referente al abandono temporal.

La forma específica de abandono descrita en este artículo 229 CP, es la modalidad de abandono que más afecta directamente a la protección del menor que ha sido abandonado. Tradicionalmente, este delito ha estado íntimamente vinculado tanto a los delitos de aborto como de infanticidio, baste recordar la extensión a los tres delitos de la denominada causa honoris.⁴¹ Gustav RADBRUCH, mencionó que el delito de abandono de niños muestra una triple dirección de ataque: supone un quebrantamiento del deber de custodia, atenta contra el estado civil del abandonado y, además, comporta un peligro para la vida y la integridad corporal del abandonado.⁴²

El sujeto activo de este delito es la persona que en el momento en que se produce el abandono, ejerce la guarda sin ser padre, tutor o guardador legal,⁴³ mientras que el sujeto pasivo de este delito, por otro lado, será un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Lo fundamental es la situación de desamparo en la que se deja al menor o persona con discapacidad, tomando en consideración factores como su edad, su capacidad para valerse por sí mismo, etc.

⁴¹ Véase SANZ MORÁN, A.J, op. cit. p. 126.

⁴² Referencia tomada de SANZ MORÁN, A.J, op. cit. p. 126.

⁴³ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), Delitos. *La parte especial del Derecho penal*, 2ª edición. Madrid, Dykinson S.L, 2017, p. 311.

El resultado es el abandono permanente, que se refiere a la situación de desprotección en la que quedaría el sujeto pasivo.

En cuanto al tipo subjetivo, requiere que el sujeto activo sea consciente del estado de inseguridad en el que se quedará el menor o la persona con discapacidad necesitada de especial protección. Es decir, puede argumentarse que en algunas circunstancias en las que se puede dar lugar a un dolo eventual, no se considerará un caso de imprudencia punible. La consumación del delito acontece en el momento en que se desarrolla la situación de falta de seguridad y se omite el deber de cuidado.⁴⁴

Por otra parte, respecto al bien jurídico protegido, se trataría del derecho a la protección, cuidado y asistencia moral y material que tiene el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, con el objetivo de evitar una situación de desamparo que pueda poner en peligro su supervivencia o su desarrollo psicológico, afectivo, social y cognitivo.⁴⁵ (SAP Sevilla, Sección 4ª, de 9 de enero de 2012, donde se le impone a la madre una condena por no cumplir con sus obligaciones de garantizar las condiciones necesarias para proteger la salud, integridad física y mental, además de la libertad e indemnidad sexuales a sus hijas);⁴⁶ SAP Albacete, Sección 2, de 29 de mayo de 2013, donde se le concede la absolución a una madre dado que el tiempo que se ausentó del domicilio, no dio lugar a una circunstancia de desamparo para su hijo).

La ley encargada de proteger a los menores se encuentra regulada en el Código Civil y en *la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda

⁴⁴ Véase MUÑOZ CONDE, F, op. cit. p. 314.

⁴⁵ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A, op. cit. p. 309.

⁴⁶ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A, op. cit. p. 309.

de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material” (art. 172 CC).

Por otra parte, *la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, nos concede definiciones que nos ayudan a poder determinar el abandono de personas con discapacidad necesitadas de especial protección: “1. Autonomía: la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria. 2. Dependencia: es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de una u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. 3. Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD): las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”.

El abandono, en sentido criminal, supone la maliciosa interrupción de los cuidados necesarios para una persona con discapacidad necesitada de especial protección o un menor, ya sea por acción u omisión, lo que puede dar lugar a importantes consecuencias. La diferencia existente entre este tipo de conducta o una simple negligencia es que va más allá de la actuación que una persona normal entendería como razonable en esas situaciones. Las pequeñas infracciones que incumben a los deberes civiles deben ser tratadas por medio de la vía civil (SAP Badajoz, Sección 1, de 14 de septiembre de 2016).

En todas las situaciones de abandono, debe darse una relación de causalidad entre el resultado y el comportamiento del acusado y la situación debe atribuirse de manera objetiva al acusado que cuenta con la responsabilidad legal del cuidado omitido.⁴⁷ Es indudable que la importancia del abandono va a depender directamente de la edad del menor o, por otro lado, del grado de discapacidad que presente el sujeto que se encuentre en situación de desamparo. En el caso de los progenitores que buscan ayuda en los servicios sociales debido a la actitud antisocial de sus hijos menores, y más tarde ceden el control parental al control por los servicios sociales, no pueden ser acusados de delito de abandono de menores” (Auto AP La Rioja, Sección 1, de 9 de febrero de 2010).⁴⁸

El artículo 229 CP contempla su antecedente jurídico en el artículo 488 CP/1973.

Los primeros dos párrafos de este artículo regulan, con una estructura legal un tanto confusa, un delito especial propio, en el que el autor del delito cuenta con la responsabilidad de proteger al sujeto pasivo, ya sea por la guardia de hecho, derecho, patria potestad o tutela. En términos generales, pueden aplicarse las mismas obligaciones civiles a los cuidadores, padres o tutores que tienen bajo su protección a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, tal y como se establece en lo relativo al abandono de familia. El artículo 229.1 CP, el cual se aplica exclusivamente a los guardadores de hecho, consiste en realidad, en un tipo atenuado de este delito, dado que, si lo comparamos con el segundo párrafo de este artículo, aumenta la pena mínima de prisión hasta los 18 meses (seis más) y el máximo hasta los tres años (un año más).⁴⁹

Es necesario analizar detalladamente la diferencia que existe con el delito de abandono de familia, regulado en el artículo 226, el cual abarca circunstancias propias relacionadas con el incumplimiento general de deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad, tutela,

⁴⁷ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A, op. cit. p. 310.

⁴⁸ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A, op. cit. p. 310.

⁴⁹ Véase OLMEDO CARDENETE, M, op. cit. p. 425.

guarda o acogimiento familiar.⁵⁰ A nuestro parecer, los dos primeros apartados de este artículo son más rigurosos en términos de sanciones que el delito de abandono de familia. De igual modo, se enfocan en criminalizar conductas de abandono material, incluso si es temporal como el que se tipifica en el artículo 230 CP, teniendo como objetivo renunciar de manera definitiva a las obligaciones y deberes referentes al sujeto pasivo. Distinto a esto, sería castigar el abandono o desatención general hacia las obligaciones referentes a los miembros de la familia y similares del artículo 226 CP.

La jurisprudencia ha establecido que la diferencia entre el delito de abandono y el incumplimiento de deberes civiles tiene lugar tanto en un plano objetivo como subjetivo. (La ley penal no sanciona simples infracciones de deberes civiles, sino la afectación de bienes jurídicos protegidos penalmente. Esto requiere un comportamiento más grave que el simple incumplimiento de los deberes paterno-filiales y se encuentra respaldado por la doctrina jurisprudencial. Por todo esto, tanto el artículo 229 CP, como el 230 CP, hacen referencia a una conducta distinta y más grave que el no cumplimiento persistente de los deberes paterno-filiales que son sancionados por el artículo 266 CP. Los bienes jurídicos que son protegidos por los tipos de abandono y asimilados contienen, por tanto, un “plus” respecto de los ilícitos civiles, que es continuador de la antigua referencia a la “seguridad” como bien jurídico protegido.⁵¹ (SAP de Soria 51/2013, de 5 de junio)).

Por ello, la conducta constituida por el tipo delictivo ha de ser grave y llevada a cabo por el sujeto activo, siendo consciente de que su actuación va a dar lugar o puede causar al menor a su cargo, algo más allá de una simple incomodidad, susto o negligencia temporal, como es una “incidencia en su supervivencia, desarrollo afectivo, social y cognitivo” (STS 495/2010, de 24 de abril; y 559/2009, de 27 de mayo).⁵²

⁵⁰ Véase OLMEDO CARDENETE, M, op. cit. p. 425.

⁵¹ Véase OLMEDO CARDENETE, M, op. cit. p. 426.

⁵² Véase OLMEDO CARDENETE, M, op. cit. p. 426.

(SAP de Barcelona, de 15 de julio de 2015. La conducta delictiva tiene lugar cuando la madre abandona a su hijo menor, dejándolo en numerosas ocasiones solo en su hogar, sin alimentación adecuada y permitiendo un gran absentismo escolar). (SAP de Sevilla, Sección 7ª, 282/2011, 17 de junio. Se estima, también, una situación de abandono del menor, en esta situación en la que unos padres abandonan a una niña de 12 años con una discapacidad mental, siendo encontrada por la policía vagando sola por la calle, sin ningún cuidador a su cargo).

En ocasiones, es complicado distinguir estas situaciones del simple abandono temporal que se encuentra tipificado en el artículo 230 CP. Sin embargo, para que tenga lugar este delito, es requerido un dolo específico dirigido a un abandono permanente, indicativo de la intención de renunciar completamente al ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda. El apartado 2 del presente artículo, corresponde a un tipo cualificado, “si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales”.⁵³

En último lugar, cabe destacar que existe un tipo subjetivo agravado regulado en el artículo 229.3 CP, el cual alude a un peligro en concreto en el que debe demostrarse que las circunstancias de abandono representan un riesgo real para el menor. Un ejemplo irrefutable de esto es el caso donde una menor de tan solo seis meses fue abandonada de madrugada, en una noche de intenso frío, en el borde de una acera. En esta circunstancia, el Tribunal argumenta que el peligro era evidente y real dado “la temprana edad de la menor, su completa indefensión y vulnerabilidad, el lugar donde había sido abandonada, en una calle apenas transitada, de una urbanización, en el borde de la acera con la calzada; la hora, de madrugada, el momento en el que ocurrió el abandono,⁵⁴ la escasa posibilidad de que apareciese alguien por aquella zona, así como el hecho de que se trataba de una noche especialmente fría (como habían declarado los testigos, precisando incluso que la

⁵³ Véase MUÑOZ CONDE, F, op. cit. p. 314.

⁵⁴ Véase OLMEDO CARDENETE, M, op. cit. p. 426.

temperatura de esa noche oscilaba por debajo de los 0 grados (SAP de Barcelona, Sección 20ª, 566/2013, de 16 de mayo))”.

Es importante mencionar que, el legislador no ha descartado la posibilidad de aplicar una calificación adicional al abandono en el caso en el que el riesgo pueda materializarse en alguno de los bienes jurídicos mencionados en este precepto.

6.2 ABANDONO TEMPORAL DEL ART 230

El abandono temporal de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

La referencia de este precepto legal alude a la manifestación “en sus respectivos casos”, convirtiéndolo de esta forma, en un delito especial propio, ya que debe existir una relación específica de patria potestad, tutela o guarda entre ambos sujetos. A diferencia de las acciones de abandono descritas en el artículo 229 CP, en este caso, el individuo no busca un abandono permanente del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, sino que tiene lugar una renuncia temporal a la custodia física de la víctima y a las responsabilidades inherentes a ella durante un cierto período de tiempo.

El análisis de los diferentes casos dentro de esta disposición legal es diverso, o incluso contrario. Por ejemplo, es considerado abandono temporal cuando se deja a un menor de cinco años solo en casa durante un período superior a tres horas para salir a tomar varias copas (SAP de Vizcaya, Sección 1ª, 90353/2014, de 4 de noviembre). Sin embargo, no es considerado abandono temporal cuando el menor es dejado solo en casa por un período de 45 minutos para ir de compras (SAP de Madrid, Sección 6ª, 490/2013, de 6 de Septiembre). Por otra parte, sí que se consideró este tipo de abandono en el caso de una acusada que se ausentó de viaje dos días, dejando a sus cuatro hijas menores de edad sin supervisión en su casa (SAP de Lleida, Sección 1ª, 407/2007, de 13 de diciembre). Es

importante mencionar que, esta conducta también puede ser manifestada por omisión, como ocurrió en el caso en el que se negó la entrada al hijo en el hogar familiar debido a que se le consideraba problemático, a pesar de las solicitudes y requerimientos tanto por parte del hijo como por parte de los agentes de la autoridad (SAP de Málaga, Sección 2ª, 430/2009, de 11 de septiembre).

La referencia legal mencionada con anterioridad abarca, además, el subtipo agravado establecido en el artículo 229.3 del Código Penal. Por lo tanto, si el abandono de la víctima implica también el riesgo específico mencionado en esta última disposición, se aplicará la pena establecida allí, pero reducida en un grado debido a constituir un abandono temporal. Por otro lado, no puede descartarse la posibilidad de un concurso de delitos en el caso en el que el riesgo pueda materializarse en un riesgo lesivo hacia el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. Un ejemplo de esto ocurrió cuando una madre tras dejar solo a su hijo menor de cuatro años que estaba durmiendo en el hogar familiar mientras ésta buscaba trabajo, fue encontrado por la policía colgado de una cornisa con riesgo inminente de caer (SAP de Málaga, Sección 2ª, 81/2009, de 19 de febrero).⁵⁵

Cabe mencionar, respecto a la sentencia mencionada anteriormente, que se ha considerado específicamente el estado de necesidad en su forma de eximente incompleta, teniendo en cuenta la situación económica por la que estaba atravesando la familia y en el motivo de la ausencia temporal que se encontraba relacionado con la búsqueda activa de empleo.

6.3 ABANDONO IMPROPIO DEL ART 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*

⁵⁵ OLMEDO CARDENTE, M, op. cit. p. 428.

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.*

Este artículo presenta su antecedente en el artículo 489 CP/1973.

El sujeto activo, en este caso, es aquel individuo encargado del cuidado o formación del menor. Nos encontramos ante un delito especial propio. No obstante, en el caso del sujeto pasivo, se trataría del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, incluso podrían incluirse los familiares del menor que ostenten la patria potestad, custodia legal o tutela.

La conducta típica, se basa en la acción de entregar a un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección a otro individuo que no sea un familiar, la persona que lo entregó en un inicio, o una institución pública. Dicha entrega, debe efectuarse sin el consentimiento de la persona que lo confió para su cuidado o formación. En el caso de que existiera consentimiento o autorización, por parte de la persona que lo cogió o de la autoridad competente, la conducta no sería típica. La diferencia que encontramos con el abandono propiamente dicho radica en que aquí no existe un abandono, sino una entrega a una persona no autorizada por los responsables legales del menor. Por lo tanto, no se pondría en peligro la protección o seguridad del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Únicamente, este delito puede cometerse de manera intencionada y directa. Podría considerarse como una posible causa justificada, la situación de necesidad del sujeto encargado del cuidado o educación del menor, así como de la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La consumación del artículo 231 CP, ocurre en el momento en el que se lleva a cabo la entrega del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección a otro individuo o institución pública.

El tipo básico, establecido en el párrafo primero, no requiere que el menor sea puesto en peligro, ni que el traslado haya supuesto cualquier tipo de riesgo. Sin embargo, existe la posibilidad de que al entregar al menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, se pueda dar lugar a algún peligro. Más complicado sería que la puesta a disposición del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección a una institución pública, pueda suponer algún peligro para la parte afectada, lo que da más fuerza al concepto de este delito como un simple incumplimiento. En los supuestos en los que la vuelta del menor haya supuesto un riesgo para su vida, salud, integridad física o la libertad sexual del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, se aplicaría el supuesto agravado del párrafo segundo del presente artículo. Es importante destacar, además que, en relación con esto último, el sujeto activo no necesariamente debe haber buscado la situación de peligro de manera intencionada. Si la intención de la entrega fuese poner en peligro tales bienes jurídicos o incluso lesionarlos, debería apreciarse una tentativa de homicidio, lesiones o delito contra la libertad sexual, dado que la aplicación de la pena del artículo 231 CP supondría un injustificado privilegio.

6.4 AGRAVACIONES COMUNES

Debido a la naturaleza intrínseca de los delitos de abandono descritos en los artículos 229 al 231 del Código Penal, el marco legal establece que los Jueces y Tribunales tienen la facultad discrecional de imponer como pena adicional la inhabilitación para ejercer la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento familiar, durante un período de cuatro a diez años. Esta decisión, es tomada considerando, por supuesto, las condiciones del menor y el impacto que la imposición de esta pena pueda tener dentro del entorno familiar (artículo 233.1 CP).

Asimismo, el segundo párrafo del mencionado artículo dispone de manera obligatoria la imposición de la inhabilitación especial a la hora de ocupar empleo o cargo público, en caso de que el autor de alguno de estos delitos ostente la condición de funcionario público y haya ejercido la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Finalmente, ya que estos procedimientos penales pueden revelar condiciones graves de abandono, el artículo 233.3 CP, destaca la responsabilidad del Ministerio Público de solicitar a la autoridad competente la adopción de medidas destinadas a proteger y custodiar al menor o persona con discapacidad (aunque su redacción sólo menciona a los menores de manera literal).

6.5 USO DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD NECESITADAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LA PRÁCTICA DE LA MENDICIDAD

- 1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.*
- 2. Si para los fines del apartado anterior se traficaren con menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años”.*

El último delito regulado en este Capítulo del Código Penal contempla su antecedente jurídico en el artículo 489 bis CP/ 1973. Tiene como objetivo sancionar la acción de utilizar o poner a disposición de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para el uso de la mendicidad. A pesar de que, en algunos casos, la mendicidad en sí puede ser considerada una infracción administrativa, esta conducta no se encuentra tipificada como un delito, excepto cuando se involucra a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, quienes no serán

considerados como perpetradores del delito, sino como víctimas del mismo. Mientras que, en el ámbito de la trata de personas, la legislación no realiza distinciones en cuanto a la edad de las víctimas cuando se trata de la práctica de la mendicidad.

El bien jurídico protegido se centra en la dignidad de los menores o personas con discapacidad que son utilizados como instrumentos para la práctica de la mendicidad. Esta conducta puede ocasionar daño o poner en riesgo otros derechos del menor o persona con discapacidad, como pueden ser, su seguridad, integridad, educación, desarrollo e integración social (SAP Alicante 422/2005, de 15 de septiembre).

Tras analizar el bien jurídico protegido, concluimos que la ubicación donde se encuentra situado este precepto, en el título basado en las relaciones familiares, no resulta del todo adecuada, ya que esta conducta constituye principalmente una violación contra la dignidad y otros derechos personales del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. A pesar de esto, es cierto que en numerosos casos la persona que utiliza a un menor o a una persona con discapacidad en la mendicidad, y en particular aquel que los presta para este propósito, suele ser alguien cercano, posiblemente un miembro de su familia, aunque esta no es la única situación en la que puede darse esta conducta. Por lo tanto, la relación familiar entre el sujeto que realiza la acción y la persona afectada debería ser considerada, si corresponde, como un factor agravante, ya sea de forma general o específica, sin necesidad de incluir este delito dentro de los que afectan a las relaciones familiares.

Siguiendo la línea de lo mencionado con anterioridad, sostenemos que este delito se configura como un delito común, siendo posible cualquier sujeto activo de este delito, sin requerir una relación de parentesco, tutela o custodia entre el menor o la persona con discapacidad y quien los utilice o preste para la realización de la mendicidad.

Por otro lado, los sujetos pasivos de este delito se limitan exclusivamente a los menores de edad y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección. El

consentimiento eventual otorgado por el menor o la persona con discapacidad no tiene relevancia en cuanto a la calificación del delito.

Por el contrario, se ha debatido si es comparable la conducta de aquellos que utilizan a bebés o niños muy pequeños para la mendicidad con la de aquellos que usan a jóvenes que se encuentran al borde de la mayoría de edad. Sin considerar las circunstancias específicas de cada caso, es evidente que ambas conductas tienen la capacidad de poner en peligro el bien jurídico protegido ya que el empleo de jóvenes en la mendicidad también afecta a su dignidad, a su desarrollo personal y pone en riesgo su seguridad.⁵⁶

No obstante, esto no impide que el tribunal considere la edad del menor, su nivel de madurez y su consentimiento al participar en actividades de mendicidad a la hora de determinar la pena correspondiente.

En relación a la persona con discapacidad necesitada de especial protección, es importante destacar que la aplicación de este delito no está condicionada a una declaración civil previa de incapacitación. Por lo tanto, el juez penal tiene la facultad de evaluar si las circunstancias personales del caso permiten considerar a la persona utilizada o prestada para la mendicidad como alguien con discapacidad, tomando en cuenta su falta de capacidad debido a enfermedades o deficiencias físicas o mentales de carácter persistente que le supongan la imposibilidad de afrontar decisiones.

En cuanto a la conducta típica se refiere, es importante destacar que el artículo 232 CP contempla tres posibles acciones. En el tipo básico, se encuentran las conductas de utilizar y prestar a menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para ejercer la mendicidad, a diferencia del tipo agravado, en su segundo párrafo, que penaliza las conductas de tráfico de dichas personas con el propósito de destinarlas también a la mendicidad. En relación al tipo básico, el término “utilizar” se refiere al empleo de estos sujetos para solicitar limosna con la intención de despertar una mayor piedad y por tanto, obtener una mayor amabilidad por parte de los posibles donantes.

⁵⁶ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 597.

Cuando se alude al término de “préstamo”, corresponde ceder o entregar al menor o persona con discapacidad por parte de aquellos que ostentan alguna forma de tutela sobre ellos, para utilizarlos en la práctica de la mendicidad. Este término utilizado por la legislación penal evoca una mercantilización de la persona, convirtiéndola en una simple pieza en la actividad encomendada,⁵⁷ sin obtener ningún beneficio, ya que aquellos que participan en la operación de préstamo se encargaran de gestionar las donaciones.

En este sentido, la situación del sujeto que ha sido utilizado para el uso de la mendicidad puede ser especialmente preocupante en lo que respecta a su seguridad personal, especialmente cuando es apartado de la cercanía de las personas encargadas o responsables de su cuidado.

En cualquier caso, ambas conductas citadas con anterioridad requieren cierta continuidad en el uso de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, ya que el tipo penal alude específicamente a la práctica habitual de la mendicidad. Por lo tanto, las acciones realizadas de manera esporádica no estarían comprendidas en este tipo delictivo.

En relación a otro aspecto importante, es relevante señalar que el artículo 232 CP amplía de manera explícita este concepto de mendicidad al referirse a la llamada “mendicidad encubierta”. Esto se refiere a aquellas situaciones en las que no se solicita directamente dinero, sino que se disfrazan bajo la apariencia de la acción de vender productos o prestar servicios que posiblemente no sean necesarios y apropiados. Se considera que dentro de este ámbito se encuentran acciones como la venta de pañuelos en los semáforos, malabares o limpieza de cristales.⁵⁸

Por último, surge una controversia sobre si la presencia de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección requiere que sean ellos los que lleven a cabo

⁵⁷ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 580.

⁵⁸ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 597.

la acción de solicitar limosna, o si también se considera punible la conducta del adulto que los acompaña con el objetivo de generar compasión. Generalmente, la Jurisprudencia exige la participación directa del menor o persona con discapacidad al solicitar las dádivas (SAP Zaragoza 14 de junio 2002, SAP Barcelona de 27 de febrero 2002, SAP Huelva 1 febrero 2000, SAP Vizcaya 6 de abril 2000), por lo que se consideran atípicas aquellas situaciones en las que los menores van acompañados del adulto y este último es el que realiza el acto de mendicidad, utilizando a estos sujetos para crear sentimientos de compasión en los demás (STS 1731/2000 de 10 de noviembre, Auto AP de Madrid 22/2008, de 18 de enero, al contrario, SAP Barcelona de 15 de abril 2002).

El segundo párrafo del presente artículo establece un tipo agravado que penaliza dos casos distintos. Por un lado, es penado el tráfico de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección con el propósito de utilizarlos en la mendicidad. Por otra parte, se sanciona el uso de actos violentos, intimidación o el hecho de suministrar sustancias perjudiciales para la salud de la persona afectada con el fin de emplearla en la práctica de la mendicidad.⁵⁹

Refiriéndonos a la conducta de tráfico, la justificación del incremento en las penas establecidas en el tipo agravado resultaría evidente debido a la gran peligrosidad de la conducta del perpetrador. En este caso, no se trata simplemente de utilizar o prestar al sujeto pasivo, sino que implica una auténtica actividad de tráfico en la que los sujetos pasivos se convierten en objetos intercambiables al servicio del traficante, quien busca obtener beneficios económicos a través de esta actividad. Estos casos de tráfico no solamente pueden afectar a la dignidad del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, ya que, además, cosifican al ser humano quedando a merced de la voluntad de las personas que trafican con él. En cualquier caso, es importante destacar que puede resultar complicado diferenciar las situaciones de préstamo de aquellas que constituyen

⁵⁹ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 598.

tráfico. Puede entenderse que, en las circunstancias de préstamo, la persona que realiza el cese de los sujetos pasivos sigue manteniendo cierta conexión con ellos, a diferencia de las situaciones de tráfico, en las que las víctimas son despersonalizadas y alejadas de su entorno.⁶⁰ No obstante, los límites son imprecisos, especialmente si se parte del hecho de que, en las situaciones de tráfico, no tiene que ser requisito que sean realizados por organizaciones criminales importantes.

Sin embargo, la principal crítica que podemos plantear a esta forma de comportamiento que constituye el tipo agravado, es la dificultad de distinguirlo del delito de trata de personas. En este sentido, es importante recordar que el artículo 177 bis.1.a) sanciona con una pena de hasta ocho años de prisión el hecho de haber sometido a una persona a prácticas propias de este delito de trata con el propósito de imponer la mendicidad. Esta pena puede llegar a ampliarse hasta doce años en caso de dañar a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, es decir, aquellos individuos a los que se dirige el artículo 232.2 CP. En conclusión, este tipo agravado del artículo 177 bis CP en los casos en los que se cumplan los elementos propios de este delito de trata de personas y el propósito de los sujetos pasivos sea la práctica de la mendicidad.

El segundo tipo agravado que se prevé en el artículo 232.2, tipifica una pena que puede llegar hasta los cuatro años de encarcelamiento en aquellas situaciones en las que se violente o intimide a los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el caso en el que hayan sido destinadas a la mendicidad. Sin embargo, este tipo agravado podría resultar cuestionable si este uso de violencia o intimidación resulta en lesiones tanto de carácter físico como psíquico y que, asimismo constituyan un delito por separado (STS 548/1999, de 12 de abril).

⁶⁰ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 598.

Por último, el tercer tipo agravado establecido en este artículo hace mención a aquellas sustancias que siendo perjudiciales para el estado de salud de los sujetos pasivos destinados a la mendicidad, se les son suministradas. A pesar de que no viene especificado el tipo de sustancias que dan lugar a que concurra este tipo agravado, debe tenerse en cuenta todo tipo de medicamento o sustancia de carácter tóxico o psicotrópico, ya sea para consumo legal o no, que acabe siendo dañino para el estado de salud del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. No parece que sea requisito que el daño provocado debe ser de gravedad, sino que se efectúe el suministro de estas sustancias y, por lo tanto, se altere su salud. En el caso de que el uso de estas sustancias una vez suministradas, diesen lugar a un grave perjuicio a su salud, habría que considerar concurso con los delitos de lesiones o contra la vida.⁶¹

Profundizando en el aspecto de la posibilidad de ocurrir concurso de delitos, es importante mencionar que la acción de préstamos que se describe en el artículo 232.1 CP podría dar lugar a una forma de abandono del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección a la que se regula en el mencionado ya artículo 229 CP, cuando dicho abandono (refiriéndonos al préstamo), haya sido llevado a cabo por parte de la persona responsable de su cuidado, o por parte de los progenitores, personas encargadas de su tutela o guarda legal. Al resolver la cuestión de aplicación de normas, considerando la especialidad en beneficio del presente artículo, se establece un privilegio en términos de pena. Por lo tanto, en los casos en los que los responsables legales descuiden al menor al prestarlo para ejercer la mendicidad, resulta más apropiado apreciar la conducta de abandono y sancionar según el artículo 299 del Código Penal.⁶²

6.6 REGULACIONES COMUNES A LOS ARTS 229 Y 231

- 1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los artículos 229 al 232 la*

⁶¹ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 599.

⁶² Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 599.

pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

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.*

Este Capítulo III del Título XII del Código Penal, finaliza con una serie de normas relacionadas con los delitos de abandono regulados en los artículos 229 al 232 del Código Penal. Es importante destacar que, aunque los individuos, que pueden ser víctimas de estos delitos, incluyen a menores y a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, las disposiciones mencionadas en este apartado solo se aplicarán en el caso de víctimas menores de edad. Esto aplica un trato diferenciado para las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, sin que se pueda encontrar una justificación evidente para esta distinción.

Según el párrafo inicial del artículo 232, el Juez o Tribunal tiene la facultad de imponer a los culpables de estos delitos la sanción de inhabilitación especial, que impide el ejercicio de la patria potestad o el de los derechos referentes a la custodia, tutela, curatela o acogimiento familiar durante un periodo de cuatro hasta diez años. La determinación de imponer esta sanción debe estar guiada por la finalidad preventiva de proteger al menor, por lo que el tribunal debe evaluar tanto la gravedad de la conducta como las posibles consecuencias que la aplicación de dicha pena pueda tener en la misma víctima.⁶³

⁶³ En relación a esto, véase el quinto Fundamento jurídico de la STS 559/2009, de 27 de mayo, que aborda la extensión de la patria potestad cuando solamente uno de los hijos del sujeto acusado es víctima de dicho delito.

El segundo párrafo establece la obligación para el Juez o Tribunal de imponer el castigo de inhabilitación especial en relación al empleo o cargo público durante un periodo de dos a seis años, en caso de que el culpable tenga la responsabilidad de custodia del menor debido a su cargo de funcionario público. Por otro lado, en el caso en el que el sujeto activo sea un funcionario que tenga a su cargo la guarda del menor, la imposición de la pena de inhabilitación se convierte en obligatoria.

Para finalizar, el tercer apartado impone al Ministerio Fiscal la responsabilidad de solicitar a la administración la implementación de las medidas necesarias para asegurar la protección adecuada del menor. Las normas destinadas a proteger al menor no deberían descartar el acogimiento de medidas para la protección dirigidas a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, así como para otros individuos especialmente vulnerables, siendo afectados por los delitos contemplados en esta sección.

7. CONCLUSIONES

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (art. 16.3 DUDH). “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación.” (art. 39 CE). “Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia.” (art. 33 CDFUE).

El amplio reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad se ha plasmado a nivel jurídico en normas de carácter internacional y también a nivel constitucional.⁶⁴

Son numerosos los textos jurídicos que han venido regulando la importancia de proteger al ámbito familiar, y en su seno, principalmente a aquellos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, como son los menores de edad y las personas con

⁶⁴ Véase TORRES ROSELL, N, op. cit. p. 580.

discapacidad necesitadas de especial protección, que comportan prácticamente el principal objeto de estudio analizado en este trabajo.

El propósito de protección de estos delitos establecidos en los artículos 223-233 del Código Penal abarca una dimensión tanto directa como indirecta. De acuerdo con la denominación del Capítulo III del Título XII CP, formalmente se refieren a los derechos y obligaciones que deben ser respetados en el contexto familiar.

La fundamentación de la penalización de estos delitos se centra, por tanto, en el derecho a la protección material que emana de dichas relaciones familiares. El término “seguridad” implica la ausencia de riesgos o peligros, y en ese sentido, ni la ley penal ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro, ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana.⁶⁵

La “seguridad” a la que hacemos alusión en este contexto, se refiere a la expectativa legítima que cualquier individuo puede tener de recibir apoyo por parte de sus familiares en caso de necesitarlo, o al menos de no ser expuesto a situaciones peligrosas por parte de dichos familiares. Esta seguridad se basa en un fundamento jurídico y representa un derecho fundamental en el ámbito familiar.

Además, es importante tener presente que la intervención del sistema de Justicia Penal en el contexto familiar, al igual que en cualquier otro ámbito, ha de ser limitada y complementaria. Por consiguiente, el Derecho Penal no busca la protección de sus miembros familiares e integrantes, de cualquier comportamiento que amenace su estabilidad, sino que se enfoca únicamente en determinados aspectos vinculados a estos, y únicamente frente a los ataques más serios e inaceptables.

Por otra parte, lo que se salvaguarda en esta normativa penal no es la institución familiar en sí misma, a pesar de ser un elemento fundamental en nuestra sociedad. La familia

⁶⁵ Véase MUÑOZ CONDE, F, op. cit. p. 301.

simplemente constituye el contexto donde se llevan a cabo ciertos comportamientos que amenazan los intereses jurídicos personales de sus integrantes.

Cabe mencionar que, según los datos estadísticos oficiales, también se ha observado una reducción de estas infracciones durante los últimos años. Esta disminución, puede atribuirse hasta cierto punto, a la reforma implementada en 2015, y es plausible sospechar que también se debe en parte, a la disminución de los impactos de la crisis económica.

Específicamente, de acuerdo con la información recopilada en los informes de la Fiscalía General del Estado, se puede constatar que el número más alto de casos preliminares abiertos por delitos relacionados con el núcleo familiar se registró en el año 2013, y desde entonces ha experimentado una disminución progresiva año tras año. También, es importante resaltar que en los años recientes ha habido un aumento en los delitos relacionados con el incumplimiento del acuerdo de custodia y de lo referente a la sustracción del artículo 225 bis CP. No obstante, es notable que, aproximadamente dos tercios de las investigaciones iniciadas por delitos contra las relaciones que derivan del ámbito familiar se refieren específicamente al delito de impago de pensiones, tal y como se establece en el artículo 227 CP.

En el 2017, se dictaron sentencias condenatorias contra 6,565 individuos por delitos relacionados con las relaciones familiares, siendo casi el 99 por ciento de estas condenas relativas a los artículos 226 y 227 CP. Un dato adicional relevante sobre estos tipos delictivos es que anualmente alrededor de doscientas personas se encuentran cumpliendo penas de prisión por este tipo de infracciones.

Es por ello que el propósito principal de este trabajo ha consistido en examinar exhaustivamente todos los elementos relacionados con “los delitos contra los derechos y deberes familiares”. Abarcando tanto los fundamentos esenciales, como todas las minuciosidades que caracterizan a cada uno de los artículos que componen este Capítulo.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETANCOURT, F. *Derecho Romano Clásico*. 3ª edición. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.
- CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.) *Derecho Penal Parte Especial*. 7ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. “Delitos contra las relaciones familiares” en CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.) *Manual de Derecho Penal Parte Especial Tomo I*. 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.
- LAURENZO COPELLO, P., “Del abandono de familia, menores e incapaces” en DÍEZ RIPOLLÉS J.L. y ROMEO CASABONA C.M. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” en Gómez Tomillo, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova. Valladolid, 2011.
- MORALES PRATS, F. “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª edición. Pamplona, Aranzadi, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. 24ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.
- OLMEDO CARDENETE, M. “Delitos contra las relaciones familiares (II)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Sistema de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª edición, Madrid, Dykinson S.L, 2020.
- PRATS CANUT, J.M. “De los delitos contra los derechos y deberes familiares.” en MORALES PRATS, F. (Coord.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*. 5ª edición. Pamplona, Aranzadi, 2005.

- QUERALT JIMÉNEZ, J.J, *Derecho penal español Parte especial*. 7ª edición. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- ROCA AGAPITO, L.: “Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Parte Especial (I) Delitos contra las personas*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- SANZ MORÁN, A.J: “Aspectos penales de las crisis matrimoniales: una introducción”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Coord.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*. Valladolid, Lex Nova, 2009.
- SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D., & VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. 4ª edición. Madrid, Dykinson, 2017.
- SANZ MORÁN, A.J: “Sobre la reforma del delito de rapto”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 2ª edición. Madrid, Dykinson S.L, 2017.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. “Instituciones de guarda” en SÁNCHEZ CALERO, F.L. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- TORRES ROSELL, N. ”De los delitos contra los derechos y deberes familiares” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Pamplona, Aranzadi, 2016.

SENTENCIAS CITADAS

Relación Sentencias TS

STS 787/1992 de 22 de julio.

STS 1563/1998, de 15 de diciembre.

STS 548/1999, de 12 de abril.

STS 1731/2000 de 10 de noviembre.

STS 185/2001, de 13 de febrero.

STS 576/2001, de 3 de abril.

STS 377/2004, de 25 de marzo.

STS 559/2009, de 27 de mayo.

STS 495/2010, de 24 de abril.

STS 730/2011, de 12 de septiembre.

STS 137/2017, de 2 de marzo.

STS 347/2020, de 25 de junio.

STS 232/2021, de 29 de abril.

Relación de Sentencias AP

SAP Alicante 472/1998, de 4 de julio.

SAP Cantabria 4/2000, de 3 de marzo.

SAP Sevilla 419/2000, de 5 de julio.

SAP Cáceres 15/2002, de 12 de febrero.

SAP Madrid 157/2003, de 7 de mayo.

SAP Madrid 305/2003, de 5 de septiembre.

SAP Murcia 45/2003 de 15 de octubre.

SAP Madrid 102/2003, de 18 de noviembre.

SAP Castellón 364/2003, de 29 de noviembre.

SAP Ávila 5/2004, de 19 de enero.

SAP de Ourense, 5/2004, de 2 de junio.

SAP Álava 29/2005, de 14 de febrero.

SAP Burgos 73/2005, de 20 de abril.

SAP Alicante 422/2005, de 15 de septiembre.

SAP Zaragoza 3ª 406/2005, de 27 de septiembre.

SAP Zaragoza 3ª 190/2006, de 16 de marzo.

SAP Las Palmas 153/2006, de 15 de junio.

SAP Álava 312/2007, de 21 de septiembre.

SAP Lleida 407/2007, de 13 de diciembre.

SAP Guadalajara 28/2009 de 27 de enero.

SAP de Málaga 81/2009, de 19 de febrero.

SAP Álava 96/2009, de 1 de abril.

SAP Burgos 185/2009, de 9 de julio.

SAP de Málaga 430/2009, de 11 de septiembre.

SAP Madrid 85/2010, de 18 de septiembre.

SAP Tarragona, 493/2010, de 18 de octubre.

SAP Albacete 162/2010, de 15 de noviembre.

SAP Almería 267/2011, de 23 septiembre.

SAP de Sevilla 282/2011, de 17 de junio.

SAP Barcelona 566/2013, de 16 de mayo.

SAP de Soria 51/2013, de 5 de junio.

SAP Madrid 490/2013, de 6 de septiembre.

SAP de Vizcaya 90353/2014, de 4 de noviembre.

SAP Alicante 116/2015, de 26 de febrero.

SAP Murcia 113/2015, de 3 de marzo.

SAP Barcelona 404/2015, de 29 de abril.

SSAP Zaragoza 89/2015, de 6 de mayo.

SAP Cáceres 207/2015, de 12 de mayo.

SAP Madrid 323/2015, de 14 de mayo.

SSAP Valladolid 165/2015, de 18 de mayo.

SAP Barcelona 406/2015, de 20 de mayo.
SAP Asturias 256/2015, de 21 de mayo.
SAP Asturias 102/2015, de 22 de mayo.
SAP Madrid 395/2015, de 21 de septiembre.

Relación de Autos AP

AAP Barcelona 318/2003, de 11 de marzo
AAP Girona 327/2004, de 27 de mayo
AAP Sevilla 33/2005, de 20 de enero.
AAP Cantabria 121/2005, de 27 de junio
AAP Vizcaya S 135/2006, de 20 de febrero.
AAP Zaragoza 357/2006, de 21 de julio.
AAP Madrid 1109/2007, de 29 de octubre.
AAP de Madrid 22/2008, de 18 de enero.
AAP Las Palmas 690/2008, de 24 de noviembre
AAP Tarragona 485/2009, de 14 de octubre.
AAP La Rioja 951/2010 de 9 de febrero.
AAP Madrid 446/2010, de 2 de julio.
AAP Madrid, 226/2011, de 4 de marzo.
AAP Madrid 864/2018, de 28 de diciembre.