



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Delitos de abandono de familia, menores e incapaces

Presentado por:

Belén Aguado Martín

Tutelado por:

Ángel José Sanz Morán

Valladolid, 18 de Marzo de 2020

Contenido

1.	INTRODUCCIÓN.....	3
2.	BIEN JURÍDICO TUTELADO. RÉGIMEN GENERAL TÍTULO. ESPECÍFICAMENTE RÚBRICA SEC.30 CAP. III.....	3
3.	MODALIDADES TÍPICAS.....	9
3.1.	ABANDONO DE FAMILIA EN SENTIDO ESTRICTO.....	9
3.2.	IMPAGO DE PENSIONES.....	14
3.2.1.	Problemas de periodicidad.....	19
3.2.2.	Impago	22
3.2.3.	Responsabilidad civil.....	27
3.3.	ABANDONO DE MENORES.....	29
3.3.1.	Bien jurídico (carácter pluriofensivo del abandono).....	29
3.3.2.	Abandono del 229	33
3.3.3.	Abandono temporal	45
3.3.4.	No entrega del menor.....	48
3.3.5.	Utilización de menores en la mendicidad	55
4.	CUESTIONES COMPLEMENTARIAS	65
4.1.	ART.228.....	65
4.2.	ART. 233.....	67
5.	CONCLUSIONES	70
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

1. INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el estudio de los delitos de abandono de familia, menores e incapaces, veo necesario resaltar la importancia de la familia como objeto de protección por parte de la Constitución española, la cual la considera como uno de los “principios rectores de la política social y económica”.

Debe tenerse en cuenta el art. 39 CE que dispone que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica” de la institución familiar y la “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”. También sostiene que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” y que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Partiendo de esta base, en el Código penal se dedica una Sección dentro del Título XII para actuar frente al abandono de familia, menores e incapaces, tipificando una serie de delitos que han evolucionado a lo largo del tiempo de forma paralela a como lo ha hecho la sociedad, desde una concepción más tradicional de la familia a la actual más moderna concepción de la misma.

2. BIEN JURÍDICO TUTELADO. RÉGIMEN GENERAL TÍTULO. ESPECÍFICAMENTE RÚBRICA SEC.30 CAP. III

El abandono de familia, menores e incapaces se encuentra regulado en el Capítulo III del Título XII titulado “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” concretamente en su sección tercera “Del abandono de familia, menores e incapaces”.

Esta sección tercera está formada por ocho artículos, del 226 al 230 CP. Pero dentro de la misma sección se pueden observar divisiones. La primera parte comprende del art. 226 al 228 CP, regulando el abandono de familia,

tanto el incumplimiento de los deberes legales de asistencia e impago de pensiones como una condición objetiva para perseguir dichas conductas. La segunda parte está formada del art. 229 al 232, los cuales contienen el abandono de menores e incapaces, tanto conductas de abandono en sentido propio (arts. 229 y 230) como abandono en sentido impropio (arts. 231 y 232). La tercera parte la comprende el art. 233 CP, que se refiere a un conjunto de disposiciones comunes sobre los delitos de abandono de menores.

Ha existido una evolución en la regulación de estos delitos, así como cuál es el bien jurídico protegido. La regulación española parte de la Ley de 12 de marzo de 1942, en la cual se contenían las mismas conductas que posteriormente se regularon en el art. 487 del Código penal de 1944.

Desde esta ley originaria hasta el actual Código penal de 1995, estos delitos se orientaron al incumplimiento de deberes innatos a las relaciones familiares, diferenciándose dos conductas: “una primera figura comprensiva de un amplio espectro de deberes asistenciales vinculados a determinadas instituciones del Derecho civil y otra, mucho más restringida, centrada en las obligaciones alimentarias básicas entre parientes necesitados”¹.

La regulación estaba claramente influida por la tradicional concepción de la familia, castigándose el abandono malicioso del domicilio o la prestación desordenada por el obligado a la misma. La ordenación estaba presidida por leyes morales, dictadas por las directrices de la religión católica. Por ello, “si el incumplimiento de los deberes asistenciales relativos a la patria potestad, la tutela o la guarda de menores no era consecuencia del abandono malicioso o de la conducta desordenada del sujeto activo, el hecho solo era constitutivo de falta”².

Pero la reforma de 1963 manifestó la finalidad protectora de la institución familiar asignada al abandono de familia, porque se exigía la denuncia previa

¹ LAURENZO COPELLO, P., “Del abandono de familia, menores e incapaces” en DÍEZ RIPOLLÉS J.L. y ROMEO CASABONA C.M. (Coor.) *Comentarios al Código Penal Parte Especial* Vol. II. Valencia, 2004, Tirant Lo Blanch. p. 1229.

² LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1230.

del afectado o del Ministerio Fiscal, y por la importancia que se otorgó al perdón del ofendido.

Hasta 1995 se incluían deberes relativos al matrimonio entre las obligaciones asistenciales cuyo incumplimiento acarrearaba penas de abandono de familia, sancionándose de este modo el quebrantamiento de los deberes morales junto con los económico-materiales.

En el Código penal de 1995 se eliminaron estos deberes del supuesto de abandono de familia de forma genérica, a causa de la consideración de ambos cónyuges como iguales y de la integración de la mujer en el mundo tanto laboral como cultural.

En cuanto al bien jurídico, las discrepancias doctrinales que tienen su origen desde los años cuarenta, no han variado en exceso, a pesar del nuevo Título XII que comprende los “delitos contra las relaciones familiares”.

Como señala Díez Ripollés “el cambio de localización sistemática no parece que vaya a convertir en pacífica la cuestión de cual sea el bien jurídico protegido en estos preceptos, el epígrafe del Título en el que se encuadran estos preceptos “delitos contra las relaciones familiares”, solo es capaz de poner de relieve el ámbito de la realidad social en el que surgen los bienes jurídicos protegidos en el Título, pero no permite identificar cuáles son estos”³.

Por ello, la doctrina está muy dividida, hay quienes observan un único bien jurídico protegido a lo largo de estos preceptos, y otros un bien jurídico global identificado con la ratio legis, siendo necesario concretar en cada precepto el bien jurídico específico.

Concretamente, el Capítulo III “de los delitos contra los derechos y deberes familiares”, no es nada claro sobre el objeto protegido. *Derechos y deberes* no es un concepto adecuado para referirse a un bien jurídico protegido, ya que ha de referirse a una situación de la realidad social considerado de forma abstracta. Además, al referirse a los *derechos familiares*, estos pueden ser del menor o incapaz, y no necesariamente los de los padres, tutores o guardadores.

³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, 1999, Tirant Lo Blanch, p.14.

Como señala Díez Ripollés, una interpretación relativa a los derechos del menor o incapaz “concordaría con las últimas reformas civiles, que potencian una configuración más pública y menos privatista del derecho de familia, y que se centran en la supremacía del interés del menor y en el ejercicio directo de sus derechos de forma progresiva; ello es por lo demás coherente con la concepción personalista de nuestra Constitución, que coloca a los intereses individuales por encima de los familiares”.⁴

La expresión relativa a *derechos familiares*, tampoco es conveniente en relación con el bien jurídico protegido, ya que se hace referencia a ellos en el Capítulo, en la Sección 2ª15, relacionado con las obligaciones que incumplen los sujetos activos.

En vista de lo expuesto, Díez Ripollés considera que “el objeto de tutela de estos preceptos es la seguridad personal del menor o incapaz en el marco del área de guarda. Si por seguridad personal entendemos el aseguramiento de una especial protección de determinados ciudadanos en ámbitos o circunstancias sociales que producen una especial vulnerabilidad, resulta legitimado que el derecho penal establezca, para ciertos supuestos fácticos debidamente restringidos, el surgimiento en otros ciudadanos de deberes de acción o de omisión en favor de tales personas especialmente necesitadas de protección”.⁵

Esa vulnerabilidad, remite de forma necesaria a bienes jurídicos personalísimos como la integridad personal, la libertad, etc. Siendo característica la alusión indiferente y coexistente a una diversidad de bienes.

Por lo tanto, existe una discusión acerca de cuál es el bien jurídico protegido, ya que para algunos lo es la seguridad personal de los sujetos afectados y para otros los derechos inherentes a la patria potestad, guarda o tutela, como premisa de la seguridad de los menores e incapaces. Incluso hay quien afirma que estos delitos son puros quebrantamientos de normas de Derecho de familia. Pero la mayoría de la doctrina sostiene como bien jurídico

⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...* op.cit., p.15.

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., pp. 16 y 17.

protegido la segunda opción expuesta, los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda.⁶

Partiendo de que el bien jurídico tutelado sea la seguridad personal del menor de edad o incapaz, esta no se protege de forma generalizada. En estos preceptos su tutela queda reducida a un ámbito espacial, delimitado por el área en el que se extienden los deberes de custodia o guarda material.

Si al referirnos a *guarda personal* se hace referencia a “los deberes de vigilancia, convivencia, alimentación, educación y formación integral, sin incluir otros deberes de la patria potestad, tutela, guarda de hecho e incluso en ocasiones de la guarda legal o del acogimiento, como son los de representación y administración de los bienes, la guarda material, sinónimo de la custodia, se limitaría a los dos primeros deberes, lo de vigilancia y convivencia”.⁷

Esto hace que lo realmente importante sea la seguridad para el menor o incapaz derivada del ejercicio normal del deber de convivencia por los que resultan obligados a ella.

Pero dentro del bien jurídico seguridad, hay dos versiones. La primera lo define como “la legítima expectativa de cumplimiento de ciertos deberes asistenciales originados en una relación familiar, situación ésta que repercutiría en la tranquilidad personal del titular de los derechos correlativos”⁸, y otra que lo define como “un estado de especial protección garantizado por el Derecho penal a ciertas personas que en determinados ámbitos o circunstancias sociales son particularmente vulnerables”⁹.

El primer criterio, relativo al cumplimiento de deberes asistenciales originados en una relación familiar, se refiere a la tesis de derechos de asistencia familiar, vinculándose al cumplimiento de un deber.

⁶ Así lo considera CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal Parte Especial*, Valencia, 2019, Tirant Lo Blanch.

⁷ Díez Ripollés, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 20.

⁸ LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1236.

⁹ LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1236.

El criterio referido a la especial vulnerabilidad de los sujetos pasivos, otorga una protección complementaria para los bienes jurídicos personalísimos de sujetos cuyos bienes pueden ser más fácilmente lesionados o ser susceptibles de peligro. De este modo, la intervención punitiva se debe a la intervención de bienes jurídicos básicos de la personalidad siendo necesaria la participación de terceros para su salvaguardia, y la anticipación de barreras de protección de estos bienes para protegerlos tanto de una inminente lesión como de posibles situaciones peligrosas.

Existe, también, otra tesis partidaria de tutelar la *familia*, pero esta tiene muy poco éxito en la actualidad, a pesar de que el Código penal de 1995 incorporó un Título específico de los “delitos contra las relaciones familiares”. Así, se duda de “la aptitud de la vía represiva para mantener la cohesión de una institución social fundada esencialmente en el afecto y la solidaridad”¹⁰. También se fundamenta que el Derecho Penal interviene cuando la familia ya se ha desarticulado, no para reconciliarla sino para proteger a los miembros más débiles o con especial necesidad.

Respecto a esta tesis, el Código penal de 1995 le resta apoyo jurídico-positivo. Esto es así porque, se han eliminado los deberes asistenciales relativos al matrimonio en el tipo de abandono de familia y la exigencia de conductas irregulares como presupuesto para el castigo de la conducta.

En conclusión como considera Patricia Laurenzo Copello, “las figuras de abandono de familia, tienden a proteger la integridad personal –material, y en su caso moral- de ciertas personas que, en virtud de determinados lazos jurídicos originados en una relación familiar, dependen de otras a quienes el ordenamiento jurídico atribuye un deber específico de asistencia”¹¹.

En mi opinión, la tesis más acertada es la que defiende que el bien jurídico tutelado es la seguridad personal del menor o incapaz, ya que estos son sujetos especialmente vulnerables que requieren de esta protección para no verse desvalidos, pero siempre dentro del ámbito de guarda como señala

¹⁰ LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1234.

¹¹ LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1239.

Díez Ripollés, ya que no puede hablarse de una seguridad personal de forma generalizada que provoque una responsabilidad excesiva.

Por tanto, la doctrina está dividida en lo que respecta al bien jurídico tutelado, y es necesario resaltar que este varía y hay que hacer ciertas precisiones al hablar de cada una de las figuras delictivas.

3. MODALIDADES TÍPICAS

3.1. ABANDONO DE FAMILIA EN SENTIDO ESTRICTO

Como premisa, se debe partir de la base de que algunos autores consideran que este delito protege la integridad personal de los miembros de la familia o su seguridad, observándolo desde el punto de vista material, pero también se puede partir de un punto de vista formal, velando por el correcto cumplimiento de los deberes familiares. La opinión mayoritaria de la jurisprudencia considera que, la visión formal se puede completar diciendo que es una garantía material de la seguridad y bienestar de los miembros de la familia.

El art. 226 CP es el relativo al incumplimiento de los deberes de asistencia o sustento. Por tanto, se observa que contiene dos tipos independientes el uno del otro, no es un tipo mixto alternativo, sino que son conductas típicas diferentes.

Para analizar correctamente este artículo, debemos partir de su redacción, que es la siguiente:

“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, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.”

La primera conducta, “el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar”, acota los sujetos implicados por el hecho de estar vinculados por la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, siendo por tanto los sujetos activos o los padres, tutores, guardadores, o las personas que tengan un régimen de acogimiento familiar respecto del menor. Estas obligaciones de asistencia se encuentran recogidos en ciertos artículos del Código civil como el art. 154 Cc que dispone que los progenitores tienen que velar por sus hijos “tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarlos una formación integral”¹².

Sin embargo, la segunda conducta, el que dejare “de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados”, alude a los sujetos que sean descendientes, ascendientes o cónyuge. Por ello, los sujetos activos son, además de los padres, el resto de parientes en línea recta y el cónyuge. Se excluyen los tutores, los guardadores y los acogedores familiares, los cuales sí se incluyen en la primera conducta. Además de estos, se excluyen en esta segunda conducta las parejas de hecho por el principio de legalidad.

En la primera conducta, relativa a los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, los sujetos pasivos son los menores e incapaces, personas indefensas por naturaleza. Por este hecho se presume ya la peligrosidad de la conducta. Pero en caso de probarse que no existe peligro para los menores o incapaces, la jurisprudencia ha suprimido la tipicidad de la conducta. Un ejemplo de dicha situación sería que, el otro progenitor u otros parientes ejecutasen las obligaciones correspondientes a la patria potestad. Por ello, en la práctica, esta primera

¹² CASTIÑEIRA PALOU, M^a TERESA y MONTANER FERNÁNDEZ, R., “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Barcelona, 2015, Atelier, p. 212.

conducta del art. 226 es una figura de peligro hipotético o potencial¹³, más que de peligro abstracto puramente formal.

La segunda conducta, relativa al que no preste la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de los descendientes, ascendientes o cónyuges que estén necesitados, se constituye como un delito de peligro concreto. Los sujetos pasivos deben estar necesitados, y el incumplimiento de los deberes de asistencia se ciñe a la “necesaria legalmente para el sustento”¹⁴. Por otra parte, es necesario un peligro consecuencia de la falta de asistencia necesaria como elemento del tipo.

Por tanto, el art. 226 CP, como ha señalado la Jurisprudencia¹⁵, contempla un delito permanente de omisión. Al tratarse de un delito de omisión, su estructura está compuesta por una situación típica, ausencia de la acción debida, entendiéndose esta como un incumplimiento no transitorio sino persistente, continuo y total de algún deber de asistencia, y la capacidad de acción tanto en el sentido de llevar a cabo personalmente la obligación como tener a su disposición recursos económicos complementarios a los indispensables para su manutención. Como sostiene Carbonell Mateu, “el incumplimiento punible requiere las notas de permanencia o continuidad,

¹³ En relación con los delitos de peligro hipotético, Torío López considera que según la teoría convencional de los delitos de peligro abstracto, en ellos el peligro no es un elemento constitutivo de la figura del delito, solo es un motivo del legislador. Distingue entre delitos de peligro abstracto y concreto, pero considera que los de peligro abstracto se han caracterizado negativamente de forma insuficiente, incluyéndose los delitos que no son de lesión ni peligro concreto. Aboga por suprimir los delitos de peligro abstracto, que vulneran normas ético-sociales o religiosas y delitos de desobediencia e injustos administrativos, pero conservar los delitos de peligro hipotético. No es necesario un peligro efectivo, pero sí una conducta que sea adecuada para producir un peligro sobre el bien jurídico protegido. TORÍO LÓPEZ, A. “*Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos del peligro abstracto)*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Volumen 34, Fascículos II y III, 1981, pág. 827.

¹⁴ POLAINO NAVARRETE, M. *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Madrid, 2010, Tecnos, p. 295.

¹⁵ Véase STS nº 1989/8488 de 28 de octubre.

siendo atípicos los incumplimientos transitorios, esporádicos o intermitentes, siempre que no alcancen una especial significación”¹⁶.

Partiendo de esta estructura, lo que varía en cada delito es la situación típica. En la primera conducta, el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar”, estamos ante una ley penal en blanco ya que la situación típica reside en la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar. Es necesario delimitar el concepto de deberes asistenciales para evitar excesos punitivos, como, por ejemplo, que se impusiese una pena al tutor por no cumplir con el deber de informar al juez sobre la situación del menor, pero cumple de forma adecuada con la asistencia material y moral del pupilo.

El art. 226 CP ha limitado los deberes a los “deberes legales de asistencia”, por tanto, “aquellos deberes dirigidos a garantizar de modo directo la integridad material o espiritual del menor o incapaz, sean o no económicamente evaluables, como es el caso de los deberes de los padres de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”¹⁷. Sin embargo, se excluye de la tipicidad el deber del tutor de comunicar al juez de forma anual el estado del pupilo y justificar su administración, así como el de los padres de administrar los bienes de los hijos.

Como señala Muñoz Conde, el inciso primero alude al “incumplimiento de otro tipo de deberes, que habrá que buscar en la normativa civil de cada una de las instituciones que se mencionan allí”¹⁸. Hay determinadas sentencias que condenan a padres por no hacer que sus hijos acudan al colegio cuando se encuentran en edad de escolarización obligatoria, como incumplimiento de deberes exigidos por la patria potestad¹⁹.

¹⁶ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 330.

¹⁷ ROCA AGAPITO, L. “Derechos y deberes familiares” en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.) *Derecho Penal Español Parte Especial (I)*. Valencia, 2011, Tirant Lo Blanch. Pág. 715

¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, 2019, Tirant Lo Blanch, p. 307.

¹⁹ SAP de Málaga nº 3/2017 de 26 de enero.

Como ha señalado la Audiencia Provincial de Madrid en la Sentencia nº 3/2018 de 9 de enero, el art. 226 CP contiene un delito que supone una “desatención dolosa de los deberes de cuidado específicos, sin cesar en sus funciones esenciales de custodia, ni en otras propias de la patria potestad o guarda”²⁰. En dicha sentencia esta desatención dolosa consistió en dejar encerrado a un niño de 8 años en un vehículo, por parte de su madre Frida e Higinio, que era el titular del vehículo, para acudir al gimnasio durante hora y media. El Juzgado de lo Penal nº 11 de Madrid condenó a Frida e Higinio por un delito de abandono de familia en su modalidad de abandono temporal de un menor. Los acusados impugnaron la sentencia, Higinio por no existir abandono y porque él no era progenitor ni tutor del menor, y Frida alegó que actuó de forma imprudente.

La Sala consideró que los hechos probados en la Sentencia recurrida no describían un abandono con encaje en los arts. 229 y 230, porque no consideraron que existía una singular relevancia ni un grave riesgo para el menor. Por ello la sentencia absolvió a Higinio y condenó a la madre, Frida, por un delito del art. 226 CP, donde se contempla el abandono de familia en su modalidad de incumplimiento de los deberes legales de asistencia, no llegándose a provocar un quebrantamiento absoluto del deber de custodia.

En mi opinión, discrepo con la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid porque creo que concurre un delito del art. 230 CP, ya que el menor queda fuera del ámbito de guarda de la madre, quedando en una situación de vulnerabilidad. Sí que creo que existiese riesgo para el menor, ya que cualquiera que lo hubiese visto podría habérselo llevado. Sí que estoy de acuerdo con la Sentencia en absolver a Higinio, ya que en este caso la madre era la encargada de la guarda del menor, no ostentándola Higinio de forma temporal ni habiéndosela delegado porque la madre estaba presente.

Relativo a los concursos, es necesario partir de que una conducta comprende a la otra, por lo cual la conducta referida al incumplimiento del deber de alimentos tiene la preferencia. Si lo relacionamos con el art. 227 CP,

²⁰ SAP Madrid nº 3/2018 de 9 de enero, Sección 6ª.

relativo al impago de pensiones, este último sería el preferente, al igual que lo sería el art. 229 CP sobre el abandono de menores.

Podría apreciarse un concurso ideal de delitos, cuando el abandono atañe a varios miembros de la familia. Pero, si el bien jurídico se constituye en términos formales, solo habría un delito.

3.2. IMPAGO DE PENSIONES

El art. 227 CP regula el delito de impago de pensiones, introducido por la LO 3/1989, de 21 de junio. Este artículo dispone lo siguiente:

“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 nulidad del matrimonio, proceso de 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 adeudadas.”

Como precedentes, podemos encontrar el primero en el art. 34 de la Ley de Divorcio de 1932 relativo al impago de la pensión de alimentos que estuviese dispuesta en convenio o resolución judicial durante tres meses consecutivos.

Este artículo parece que está inspirado por la Ley francesa de 1924, la cual castiga el abandono de familia de forma restringida, limitándolo a los supuestos de impago de una pensión alimenticia impuesta judicialmente para el cónyuge, ascendiente o descendiente, en un período mínimo de tres meses.

Sin embargo, el precedente más cercano es el art. 487 bis del previo Código Penal de 1989, relativo al impago de prestaciones acordadas en

convenio o resolución judicial durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos.

Se introdujo este delito de impago de pensiones “en 1989 con el objeto de asegurar el pago de las prestaciones económicas judicialmente establecidas en favor de los hijos o cónyuge en caso de crisis matrimonial”²¹.

Se ha criticado esta norma por implantar un supuesto de prisión por deudas, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de noviembre de 2007, explica que "se trata de una norma cuya constitucionalidad se discute por un sector importante de la doctrina, ante la posibilidad de una implantación soterrada en nuestro ordenamiento de un supuesto de prisión por deudas, circunstancia que generaría una flagrante vulneración de los principios fundamentales del derecho penal e iría en contra de algunos tratados internacionales con fuerza normativa en el derecho interno (art. 11 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de Nueva York, 1966). Es imprescindible indagar cuál es el bien jurídico protegido por el art. 487 bis del Código Penal.

Para responder a este interrogante ha de acudirse a la ubicación sistemática del precepto y a la propia exposición de motivos de la Ley que lo introdujo (Ley Orgánica 3/89), de donde puede extraerse que pretende amparar la seguridad de las personas cuando resulte afectada por la vulneración de los derechos de asistencia que detentan como integrantes de la institución familiar. Así las cosas, la norma penal sólo ha de operar cuando concurra una conducta que, mediante el impago de la pensión establecida por convenio judicialmente aprobado o por resolución judicial, genere un estado de incertidumbre en los componentes del grupo familiar que afecte a la seguridad de las personas que lo componen. Por consiguiente, debe excluirse una interpretación automática de la norma, que olvidándose de la lesividad del bien jurídico tutelado, atienda únicamente al dato formal del incumplimiento del abono de la pensión por los períodos que señala el precepto”²².

²¹ CASTIÑEIRA PALOU, M^a TERESA y MONTANER FERNÁNDEZ, R. op.cit. p. 214.

²² SAP de Madrid del 20 de noviembre de 2007. Citado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4^ª) sentencia nº 00119/2014 de 12 de marzo.

Actualmente, la posición de observar un supuesto de prisión por deudas es sostenida cada vez por menos autores²³. No debería admitirse que este delito contiene un supuesto de prisión por deudas, porque se protege un verdadero bien jurídico y no infringe el principio de ofensividad. Así, se respeta el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1962 de Nueva York, el cual niega la aplicación de sanciones penales en el caso de incumplirse obligaciones.

Ha sido muy criticado este delito porque ciertos detractores consideraban que vulneraba el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1962 que dispone que nadie puede ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual. Sin embargo, esto no se puede sostener, porque “este acuerdo internacional no tiene por finalidad proscribir la tipificación penal de cualquier conducta que implique el incumplimiento de deudas de origen civil, sino más bien evitar que la sola incapacidad económica para hacer frente a una deuda pueda dar lugar a la privación de libertad.”²⁴ Esto no es el supuesto del delito de impago de pensiones porque la responsabilidad penal dependerá de la capacidad del obligado a poder soportar el pago de la prestación debida. Como señala Muñoz Conde, “las conductas descritas en el art. 227 sólo son punibles en la medida en que el obligado al pago pueda hacerlo, pues lo contrario supondría convertir el delito en una especie de prisión por deudas”²⁵.

Así, también, Carbonell Mateu considera que para no observar una simple prisión por deudas es necesario “entender que la conducta ha de ser maliciosa, y que el sujeto ha de tener siempre la posibilidad material de hacer frente a la prestación”²⁶.

²³ Siguen manteniendo esta idea de la prisión por deudas algunos autores como Polaino Navarrete. POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 297.

²⁴ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia, 2001, Tirant Lo Blanch, p. 60

²⁵ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 309.

²⁶ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 331.

Por todo ello, en mi opinión, creo que la realidad del precepto está muy lejos de contener un supuesto de prisión por deudas. Este delito está tipificado no solo sobre la base de un incumplimiento contractual, sino de garantizar la seguridad personal de los sujetos que tienen a su favor una pensión, además de otros factores que son tenidos en cuenta como la solvencia del deudor. Sin embargo, discrepo con Carbonell Mateu, porque sea o no maliciosa la conducta, lo que debe primar es la protección de los sujetos.

En cuanto al bien jurídico tutelado, este ha planteado grandes dificultades, siendo cuatro los principales puntos de vista sostenidos.

En primer lugar, un sector de la doctrina, al introducirse este precepto en la legislación española en el año 1989, consideró que el bien jurídico protegido era la Administración de Justicia. Se apoyaron en que “el legislador circunscribe el ámbito de conductas punibles al impago de prestaciones económicas fijadas judicialmente, de donde se sigue que todas las conductas prohibidas implican el incumplimiento de una resolución judicial”²⁷. Por ello relacionaron la figura del impago de pensiones y el delito de desobediencia.

En el actual Código penal han perdido vigencia estos argumentos porque el delito de desobediencia es más grave y no coinciden las penas de los delitos ni hay diferencia de perseguibilidad entre el impago de pensiones y el resto de delitos de abandono de familia. Además el art. 227.3 introduce el daño ocasionado dentro de las cantidades impagadas, para proteger de este modo los intereses individuales de los afectados.

En segundo lugar, se considera objeto de tutela la institución familiar. Se entiende como el interés que tiene el estado para mantener el buen funcionamiento del conjunto de derechos y deberes que nacen de las relaciones familiares, interés que se conservaría aun disuelto el vínculo matrimonial. Al modo de ver de Lorenzo Copello, con la cual estoy de acuerdo, “cualquier interpretación que conduzca, en última instancia, a la configuración de este delito como mera infracción de un deber tiene pocas

²⁷ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.61.

posibilidades de superar los cauces de legítima intervención del Derecho penal”²⁸.

En tercer lugar, un amplio sector de la doctrina considera el objeto de tutela el tradicional bien jurídico seguridad, debido a su ubicación sistemática y a las características de las prestaciones comprendidas. Lorenzo Copello observa una importante objeción respecto a este bien jurídico, y es que “la definición clásica de este bien jurídico, como legítima expectativa de cumplimiento de ciertos deberes asistenciales originados en las relaciones familiares, conduce de modo casi inexorable a un concepto altamente formalizado de la seguridad, cuya consecuencia más inmediata es el favorecimiento de la interpretación de estos delitos como meras infracciones de un deber”²⁹. Sin embargo, Ángel Santiago Martínez García considera que el bien jurídico protegido es la seguridad de las personas, no sancionándose el impago de una simple deuda sino “a quien deja desamparada a su familia y abandona los deberes derivados del matrimonio y de la paternidad, abandono que, en este caso, se evidencia y concreta en el impago de las prestaciones económicas fijadas en resolución judicial”³⁰. Estoy de acuerdo con este autor porque creo que lo que debe primar en todo caso es la seguridad de estas personas que pueden quedar desvalidas como consecuencia del impago.

Por último, hay partidarios de el bien jurídico seguridad por la relación tan estrecha que guarda el impago de pensiones con el resto de delitos de abandono de familia. El principal argumento es la naturaleza común de las prestaciones que en caso de incumplirse pueden realizar los tipos de los arts. 226 y 227. Las prestaciones tienen su origen en una relación familiar, por lo que abandono de familia e impago de pensiones tienen características comunes en cuanto a los objetos materiales, en los dos casos son prestaciones asistenciales que nacen en el ámbito de una relación familiar.

²⁸ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.65.

²⁹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.66.

³⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2011, Lex Nova, p. 887.

3.2.1. Problemas de periodicidad

El art. 227 CP abarca tanto el incumplimiento de pensiones de periodicidad mensual como el de pago único u otras periodicidades, aunque esto sea menos usual, arts. 227.2 CP y 99 CC.

El art. 227 CP ha rebajado el impago de las mensualidades, ya que el art. 487 bis ACP señalaba que el impago fuese de 3 mensualidades consecutivas o 6 no consecutivas, y ahora el 227 CP las ha establecido en 2 o 4 respectivamente³¹. Pero en cuanto a las no consecutivas, estas se tienen que dar en el plazo de 5 años, porque de otro modo, según el art. 1996 CC, habrán prescrito.

En cuanto a la modalidad de impago de 4 mensualidades no consecutivas, esta ha provocado algunas objeciones, debido a la inseguridad que provoca al deudor de la pensión al dilatarse de forma casi indefinida la sanción penal debido al riesgo de acumulación de incumplimientos esporádicos a lo largo de varios años. Es criticable que el Código penal no haya fijado un plazo máximo para que se provoquen los cuatro incumplimientos. Por ello, el Código Civil fija en el art. 1996 CC el plazo de prescripción de estas pensiones, debiéndose acudir a él.

La situación de pendencia casi indefinida, provocaría un delito imprescriptible. Para Patricia Laurenzo Copello, “no se trataría tanto de un problema de imprescriptibilidad como del mantenimiento de un período indefinido –al menos en apariencia- de la ejecución del delito, etapa previa a la que resulta relevante para la prescripción”³².

Solo cuando se produce el cuarto incumplimiento, se consuma el impago. Al producirse ese cuarto incumplimiento no hay duda para computar el plazo de prescripción del art. 131 CP de tres años. Pero cuando aún no se han producido los impagos no consecutivos exigidos por la ley, se presenta el problema, por lo cual se acude a la prescripción civil y no a la penal.

³¹ PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 570.

³² LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.87.

Pero “esta indefinición temporal de la amenaza punitiva es sólo aparente”³³ porque desde que se creó el delito de impago de pensiones, esta modalidad típica de acumulación de cuatro impagos no consecutivos, solo se produce si cuando llega el cuarto incumplimiento son aún exigibles los tres anteriores³⁴, por tanto, si no ha prescrito conforme a la legislación civil ninguno de ellos. Por ello se acude al art. 1966 del Código civil que establece el plazo de prescripción de cinco años, porque si se produce un incumplimiento superados los cinco años, la primera deuda habría prescrito y no sería exigible, por lo que no tendría relevancia para consumir el delito.

Cuando la obligación económica conste de un solo pago o prestaciones de diferente periodicidad, ya sea trimestral, semestral o anual, será suficiente un único incumplimiento para realizar el tipo. Esta sería una aplicación rigurosa del artículo, pero atendiendo a otra interpretación teleológica, podría considerarse “atípico el impago de cualquiera de aquellas prestaciones no mensuales si del mismo no se deriva un empeoramiento considerable de las condiciones de la vida de su beneficiario”³⁵.

Relativo a los pagos parciales, se plantea la duda de si se incluye en la omisión del art. 227 CP pagar solo una parte de la pensión. Atendiendo a una interpretación gramatical, estos incumplimientos parciales sí que cumplirían el tipo, pero esto provoca el riesgo de recaer en la prisión por deudas, porque las cantidades impagadas pueden no tener la trascendencia suficiente como para alterar las condiciones de vida del beneficiario.

Por ello, atendiendo al bien jurídico protegido y a una interpretación teleológica, se entendería como atípico el incumplimiento parcial, si la parte pagada es suficiente para no afectar a la integridad personal del sujeto pasivo.

Así Martínez García sostiene que “la antijuridicidad material de la conducta exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni esta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia

³³ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.88.

³⁴ Véase Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990

³⁵ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.87.

en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito del art. 227.1º CP”³⁶.

En el caso de que confluyan en un mismo deudor varios deberes asistenciales, como una pensión para la mujer divorciada y mantener a un hijo, se realizará de forma íntegra el tipo penal con el incumplimiento de solo una de las pensiones.

Esto en la práctica puede provocar problemas cuando quien recibe el importe total de las prestaciones es una sola persona. Para Lorenzo Copello “si la cantidad abonada se corresponde con el importe de una de las pensiones judicialmente establecida, cabrá considerar incumplida íntegramente la otra deuda, originándose así un impago total de dicha pensión”³⁷. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Sevilla, no considera que se produzca un impago total de la pensión, sino un impago parcial³⁸.

Algunos autores que parten de una interpretación gramatical, consideran que los incumplimientos parciales realizan el tipo porque las cantidades no satisfechas son prestaciones económicas establecidas por el juez. Sin embargo, como considera Patricia Lorenzo Copello, “esta solución de puro carácter formal puede conducir, en ocasiones, a la tan temida prisión por deudas, porque son imaginables muchos caso en los que las cantidades impagadas carezcan de la suficiente entidad como para perturbar, siquiera sea mínimamente, las condiciones de vida del beneficiario de la pensión”³⁹.

Como señala Muñoz Conde, “el transcurso de los plazos se convierte así en una condición objetiva de penalidad, que, en parte, puede favorecer al obligado y, en parte, puede perjudicarlo”⁴⁰. Pero no se admite la mera objetivación del delito, es decir condenar al sujeto activo únicamente por incumplir los plazos e impagar las pensiones, sin tener en cuenta otros factores como su solvencia.

³⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. op.cit. p. 890.

³⁷ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.90.

³⁸ SAP de Sevilla, nº 2000/1120 de 5 de julio, Secc. 1ª.

³⁹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.91.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 312.

3.2.2. Impago

El propósito de este artículo es combatir el impago de las prestaciones económicas para los hijos, cónyuges o ex cónyuges, siempre que exista una resolución judicial de orden civil que exija su cumplimiento. Roca Agapito considera este delito como un “tipicito” de desobediencia para lograr el acatamiento de las resoluciones judiciales y administrativas.

Es necesario que exista un requerimiento judicial que ordene el cumplimiento de una resolución judicial, pero no lo exige el art. 227 CP. Estaríamos ante un delito de desobediencia especial, velándose por el principio de autoridad o la Administración de Justicia. También puede hablarse de una modalidad de abandono de familia, protegiéndose la seguridad de los familiares más débiles económicamente o ciertas condiciones, como la salud, para mantener una vida digna.

El impago tiene que referirse en una prestación económica a favor de los hijos, cónyuge o ex cónyuge, siendo estos el sujeto activo.

Este delito puede calificarse como “un delito doloso de omisión simple, especial propio, plurisubjetivo aparente y de peligro abstracto”⁴¹, con la estructura compuesta por la situación típica, la ausencia de acción debida y la capacidad de acción. Así lo señala Carbonell Mateu, “es una omisión propia de garante; por tanto, estamos ante un delito especial propio cuyo sujeto activo solo puede ser el obligado a la prestación.”⁴²

La primera, la situación típica, consiste en una resolución judicial firme dentro de un proceso de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, de filiación o alimentos para los hijos. En este último supuesto de alimentos queda excluido el cónyuge declarado beneficiario de una prestación de este tipo a través de un proceso diferente a los que resuelven una crisis matrimonial. Pero en este caso, el cónyuge queda comprendido en la figura de abandono de familia del art. 226.

⁴¹ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 719.

⁴² CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 331.

No solo se refieren a sentencias, sino también a autos que disponen medidas provisionales que el juez puede adoptar cuando ya ha sido admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, o mientras se sustancia el proceso de filiación o de alimentos a favor de los hijos. Así aparece el deber de realizar una prestación económica a los hijos, cónyuge o ex cónyuge. Pero no se consideran normalmente abarcadas las prestaciones que se contienen en las medidas provisionalísimas del art. 104 C.Ci. porque “al margen de las objeciones materiales que pudieran plantearse, la propia brevedad temporal de tales medidas –cuya vigencia no puede exceder de los treinta días- excluye desde el principio la posibilidad de que el incumplimiento alcance los cauces legales mínimos exigidos en el tipo penal”⁴³.

En el caso de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, es necesaria la resolución judicial para comprobar que no se vulnera la ley por lo establecido por los cónyuges, no bastando, por tanto, un acuerdo verbal o la formalización de un convenio.

Al encontrarnos ante un delito de carácter formal, mientras no se modifique la resolución, el impago sería punible. Pero, en ocasiones, los Tribunales han intentado suavizar este carácter. De este modo, se absolvió del impago en el caso de reconciliación de hecho de los cónyuges, durante el periodo en que esto se produjo⁴⁴, o cuando la Administración asumió la tutela y custodia de los menores desamparados, porque la resolución judicial que dispuso la obligación de alimentos quedó sin efecto desde ese instante⁴⁵. Al perder el cónyuge la custodia pierde también el crédito derivado de la obligación de alimentos.

Hay sentencias opuestas en lo referido al periodo de vacaciones. Algunas son absolutorias⁴⁶ y otras condenatorias⁴⁷, en el caso de no pagarse en los meses de vacaciones cuando los hijos conviven con él.

⁴³ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.77.

⁴⁴ SAP Madrid 7ª, nº 326/2006 del 3 de abril.

⁴⁵ SAP Murcia 4ª, nº 37/2005 del 12 de mayo.

⁴⁶ SAP Zaragoza 3ª, nº 118/2005 del 14 de marzo.

⁴⁷ SSAP Alicante 7ª, nº 216/2002 del 30 de abril; Segovia, nº 19/1998 del 17 de febrero.

La omisión consiste en no pagar una prestación económica impuesta por una resolución judicial⁴⁸. No se exige que el impago provoque ningún resultado⁴⁹. Es necesario una reiteración de omisiones en los momentos puntuales en que debe realizarse la prestación, así se ha dicho por la Audiencia Provincial de Barcelona "el delito contemplado en el art. 226 del Código Penal, es un delito permanente, para cuya perpetración basta con una simple inactividad del sujeto, que, a partir de un arranque inicial, prolonga en el tiempo el estado antijurídico creado. En cambio, el contemplado en el art. 227, como elementos del tipo objetivo requiere, además de la existencia del convenio o resolución judicial que imponga la prestación, el impago de ésta durante los meses que ha establecido, con lo cual ya no se exige esa simple inactividad del art. 226, sino que el art. 227 precisa algo más, como es una reiteración de omisiones en los momentos puntuales en que debe realizarse la prestación, siendo por lo que estaríamos hablando de un delito de los que se han dado en llamar de tracto sucesivo, en tanto en cuanto para su comisión exige una pluralidad de omisiones, y que no es sino consecuencia del incumplimiento de una obligación de tracto sucesivo, cual es la de girar, con la periodicidad y en los tiempos marcados, los pago correspondientes"⁵⁰.

Relativo a la capacidad de acción, es necesario probar la capacidad económica, porque si esta no existe la conducta sería atípica. Habría atipicidad si el obligado no dispone de los medios materiales necesarios para poder pagar la pensión. Esto sucederá cuando el sujeto activo sufra una situación de necesidad extrema, no pudiendo mantenerse ni a sí mismo, y cuando solo tenga los medios imprescindibles para sufragar sus necesidades.

Se trata de una cuestión de hecho que el juez debe apreciar según las circunstancias del caso concreto y los medios necesarios para conservar las condiciones mínimas de una vida digna.

En este último aspecto, los tribunales han adoptado diferentes posturas. En ocasiones, presumen *iuris tantum* la capacidad económica del acusado

⁴⁸ PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 568.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 310.

⁵⁰ SAP Barcelona nº 94/2005 de 10 de enero.

siempre que él mismo no haya solicitado la modificación de las prestaciones económicas para el cónyuge o los hijos⁵¹, pero en otras estiman que la capacidad económica del acusado es necesario demostrarla como el resto de elementos del tipo⁵².

En el caso de que el obligado de forma voluntaria abandona su trabajo teniendo posibilidades de mantenerlo, no desaparecería la capacidad de acción⁵³.

Cuando la prestación se devengue por mensualidades, “será preciso que la capacidad de acción concorra durante todo el periodo legalmente establecido para consumir el tipo –dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos-“⁵⁴.

Existe conformidad entre la doctrina y la jurisprudencia en exonerar de pena al obligado cuando en el proceso se prueba que no disponía de medios para poder hacer frente a la pensión impagada⁵⁵. Así, cuando el sujeto no pueda pagar nada, “deberían considerarse atípicos por la falta de concurrencia de un elemento del tipo objetivo”⁵⁶.

En cuanto a la prueba de falta de medios del deudor, no está claro a quién le corresponde la carga de la prueba. En la jurisprudencia, predomina la idea de imponer la carga al deudor, estimando insuficiente la simple alegación de una situación de insolvencia⁵⁷.

Desde un punto de vista dogmático, puede alcanzarse esta situación de imponer la carga al deudor, si la incapacidad económica no se considera un elemento del tipo sino una causa de exención de pena⁵⁸ porque “en tales casos

⁵¹ SAP Murcia 2ª, nº 126/2007 del 12 de noviembre.

⁵² SAP Vizcaya 1ª, nº 136/2008 del 10 de marzo, SAP Madrid 1ª, nº 16/2008 del 18 de enero, SAP Tarragona 2ª, nº 839/2005 del 14 de octubre.

⁵³ SAP de Sevilla 1ª, nº 2000/1120 del 5 de julio.

⁵⁴ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.80.

⁵⁵ SAP Sevilla, Secc. 4ª, nº 2000/1311 del 17 de febrero.

⁵⁶ CASTIÑEIRA PALOU, Mª TERESA y MONTANER FERNÁNDEZ, R., op.cit., p. 216.

⁵⁷ Sin embargo también hay posturas opuestas que defienden imponer la carga de la prueba al obligado, como SAP Barcelona, Secc.3ª, nº 2000/921 del 18 de enero.

⁵⁸ SSAP Pontevedra, 6-7-91.

la jurisprudencia impone la carga de la prueba a quien alega la correspondiente circunstancia eximente”⁵⁹.

Por la vía procesal, algunas sentencias llegan a la misma conclusión, porque presumen la capacidad de pago del deudor ya que consideran que la prueba de esta situación corresponde a la vía civil⁶⁰. La propia legislación civil establece los mecanismos para la modificación de la pensión, por lo que si no acude a este medio el sujeto que no cumple, deberá probar su insolvencia en sede penal⁶¹.

Pero como considera Lorenzo Copello, “no resulta difícil descartar la primera de las vías indicadas en atención a los ya muy asentados criterios teóricos que conducen inexorablemente a situar la capacidad de acción como un elemento del tipo de los delitos de omisión”⁶².

Existen muchos pronunciamientos judiciales que asienten que la prueba de la solvencia económica del deudor de la pensión recae sobre la acusación y no al acusado, porque como dispuso la Audiencia Provincial de Gerona “esa capacidad real para llevar a cabo la acción mandada constituye un elemento normativo del tipo de omisión y la ausencia de esa capacidad real, luego, constituye una causa de atipicidad y no una causa de justificación”⁶³.

Por tanto, la carga de la prueba de la capacidad de acción concierne a la parte acusadora, ya que es un elemento fundamentador de lo injusto, pero esa prueba de forma indiciaria puede basarse “en la inactividad del obligado de cara a instar las modificaciones de la correspondiente resolución judicial que en su momento fijó o aprobó la pensión”⁶⁴.

Hay quienes se oponen a la vía indiciaria para probar la capacidad de acción porque es un elemento típico susceptible de prueba directa que

⁵⁹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.82.

⁶⁰ SAP de Barcelona Secc.7ª,nº 2000/1370 del 28 de enero.

⁶¹ SSAP de Madrid Sección 6, nº 2000/887 del 24 de marzo.

⁶² LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.83.

⁶³ SAP de Gerona, Secc. 3ª, nº 2000/521 del 13 de enero.

⁶⁴ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.85.

prohibiría acudir a los indicios pero en otros casos sí que se admite la prueba de indicios⁶⁵.

En cuanto a la penalidad, este delito de impago de pensiones prevé una pena única de arresto de ocho a veinte fines de semana. Se eliminó con el Código de 1995 la pena de multa que establecía el Código anterior y la pena privativa de libertad compatible con la actividad laboral del reo.

El objetivo de este delito de impago de pensiones es garantizar el cumplimiento futuro de las obligaciones económicas, por lo cual el arresto de fin de semana es adecuado para lograr este fin, ya que le permite al obligado realizar las actividades laborales necesarias para hacer frente a las prestaciones.

3.2.3. Responsabilidad civil

En el art. 227.3 CP se alude a si las cuotas insatisfechas forman o no parte de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito.

En la fase previa a la aprobación del Código de 1995, existía un silencio legal sobre este asunto, lo cual provocó la falta de uniformidad en las resoluciones judiciales. Se implantó la idea de no incluir las cantidades adeudadas en la responsabilidad civil derivada del delito. Los argumentos para apoyar esta postura, fueron que “las prestaciones previstas en el delito de impago de pensiones tienen su origen en una resolución civil anterior a la comisión del delito, constituyendo, por tanto, obligaciones preexistentes que no nacen de la conducta delictiva”⁶⁶, y por otro lado “que esta licencia podía conducir a la instrumentalización del Derecho penal con fines exclusivos de acelerar el cobro de una deuda”⁶⁷.

Pero el actual art. 227.3 CP considera que sí forman parte de la responsabilidad civil derivada del delito las cuotas insatisfechas, oponiéndose de este modo a lo que consideraban en la práctica los Tribunales antes de la entrada en vigor del Código vigente. Las razones de esta decisión legislativa

⁶⁵ SAP de Barcelona, Secc. 8ª, nº 2000/68 del 23 de febrero.

⁶⁶ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.109.

⁶⁷ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, op.cit., p.109.

proceden de razones de economía procesal y de mayor eficacia preventiva en el delito de impago de pensiones. Como señala Martínez García, esto no impide que en la práctica se cause una “duplicidad de ejecutorias que tengan por objeto las mismas pensiones impagadas derivadas de un proceso matrimonial, una en el proceso civil y otra en el penal”⁶⁸.

Para Patricia Laurenzo Copello, ninguno de estos argumentos justifica conceder a esas deudas el carácter de perjuicios causados por la comisión del delito, como exige el art. 109 CP. “Al contrario, la propia existencia de la deuda, lejos de ser una consecuencia de la infracción penal, constituye en realidad el presupuesto básico para el surgimiento del delito, motivo por el cual parece indudable su naturaleza de deuda preexistente a la conducta delictiva, y por tanto, ajena a los criterios que determinan el contenido de la responsabilidad civil en el ámbito penal”⁶⁹.

Comparto la opinión de Patricia Laurenzo Copello en lo relativo a que existe de forma previa a la conducta delictiva, pero sin embargo sí que creo adecuado introducir las cuotas insatisfechas en la responsabilidad civil como medio para prevenir que se no se paguen las pensiones judicialmente establecidas.

Este artículo ha sido criticado ya que se utiliza un orden jurisdiccional diferente para conseguir la ejecución de una sentencia civil. Por ello, “parece razonable considerar que la responsabilidad civil dimanante de este artículo será la que se derive del período de impago que se le imputa y por el que se celebra el juicio, y no por todas las cuantías que pueda tener pendientes”.⁷⁰

En este sentido, la SAP de Madrid de 2 de febrero de 2000 consideró la prescripción del art. 227.3 como «una consecuencia del principio de oportunidad legislativa y una excepción al régimen de la responsabilidad civil ex delicto»⁷¹.

⁶⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. *op.cit.* p. 894.

⁶⁹ LAURENZO COPELLO, P. *Los delitos de abandono...*, *op.cit.*, p.110.

⁷⁰ ROCA AGAPITO, L. *op. Cit.*, p. 722.

⁷¹ SAP Madrid, nº 2000/834 del 2 de febrero.

De otra forma, la Fiscalía General del Estado, consideró adecuado incluir las cantidades adeudadas porque las estimaba constitutivas “de la lesión del bien jurídico”⁷².

Por parte de Roca Agapito, y comparto la opinión, no cree que se evoque a la prisión por deudas, ya que la compensación de deudas no excluye la tipicidad por impago de pensiones, y la solvencia del deudor no es irrelevante, siendo parte de la estructura típica del delito la capacidad económica.

Además, como señala SAP Zaragoza 3ª 266/2006 “la acción civil por alimentos de los hijos solo puede ejercerse por parte de la madre hasta que éstos alcancen la mayoría de edad, en cuanto fuesen mayores se reservaría su ejercicio al que haya alcanzado la mayoría, sin posibilidad de dividir el importe de la responsabilidad civil”.⁷³

Prats Canut destaca el trasfondo recaudatorio de este artículo, “si tenemos en cuenta que dicha reparación no solo desplegará sus efectos en sede de responsabilidad civil ex delicto, sino que permitirá invocar la aplicación al culpable de la atenuante de reparación del daño, eso sí, siempre y cuando tenga la precaución de hacer efectivo el pago con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”⁷⁴.

3.3. ABANDONO DE MENORES

3.3.1. Bien jurídico (carácter pluriofensivo del abandono)

El abandono de menores o incapaces se regula en los arts. 229 a 233 CP. Como se señala en el manual de Álvarez García por Roca Agapito, “en estos preceptos se incluyen diversas conductas delictivas, de naturaleza diversa pero que se podrían agrupar en torno a dos categorías”.⁷⁵

⁷² Así lo consideró en su Circular 2/1990 y la Consulta 1/93.

⁷³ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 722.

⁷⁴ PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 570-571.

⁷⁵ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 723.

Así, por un lado, se haría referencia al abandono de menores o incapaces en sentido estricto. Este incluiría el abandono definitivo del art. 229 CP con el apartado primero relativo al tipo básico, y los apartados segundo y tercero relativos a los tipos agravados, así como el abandono temporal del art. 230 CP.

Por otro lado, se encontrarían los delitos del art. 231 CP de entrega indebida de menores o incapaces, y del art. 232 CP de utilización para la mendicidad, con sus tipos agravados. Además, habría que añadir las disposiciones comunes del art. 233 CP.

El bien jurídico protegido en estos artículos, de forma común en todos ellos, es la seguridad personal del menor o incapaz, porque a causa del desvalimiento e inmadurez que les caracterizan, legitiman al derecho penal para establecer, de forma restringida, deberes de acción u omisión en otros ciudadanos a favor de los menores o incapaces.

Se potencian las características de este bien jurídico en estos preceptos, así como su autonomía. Como señala Díez Ripollés, “por un lado, la idoneidad de la seguridad personal para expresar la sustantividad del objeto de protección de unos tipos que comportan ulteriores referencias valorativas, simultáneas e indistintas, a una pluralidad de bienes jurídicos difíciles de precisar en su número e identidad”⁷⁶. Así, en los arts. 229.3 y 231.2 serían la vida, integridad física, libertad sexual y la salud y la libertad personal por la variante cualificada del art. 232.2.

Además, es suficiente la vulnerabilidad o inseguridad personales para que se consumen los tipos básicos de estos preceptos, sin que tengan que concurrir otros elementos adicionales.

Pero la seguridad personal del menor o incapaz se debe limitar a un ámbito donde se desenvuelve la guarda personal, la cual se divide en ciertos deberes, tales como la convivencia, alimentación, educación, vigilancia y formación integral.

⁷⁶DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Del abandono de familia, menores e incapaces” en JOSÉ L. DÍEZ RIPOLLÉS y CARLOTS M. ROMEO CASABONA (Coor.) *Comentarios al Código Penal Parte Especial* Vol. II. Valencia, 2004, Tirant Lo Blanch. p. 1316.

Partiendo de este bien jurídico común a todos los delitos aquí contemplados, existen diferencias entre los distintos preceptos.

En el delito de abandono de los arts. 229 y 230 “la protección penal pretende garantizar el nivel más básico de la seguridad personal, esto es, el vinculado al deber de guarda material o custodia, que se ejercita a través del mantenimiento del menor o incapaz dentro del área de convivencia que les es propia y con vigilancia consiguiente”⁷⁷.

Sin embargo, en el delito de entrega indebida del art. 231 prevalece evitar la inseguridad personal provocada por una infracción grave de los deberes de guarda personal, es decir, la alimentación, formación integral y educación, cuando la realicen quienes no tienen la titularidad de estos deberes, y sin perjuicio de la alteración de la seguridad personal objeto de los deberes de convivencia o vigilancia.

En el abandono propio, la opinión mayoritaria rechaza la seguridad personal como el bien jurídico tutelado, y predomina la protección de ciertos derechos familiares de los titulares de la guarda⁷⁸ o el quebrantamiento por el sujeto activo de ciertos deberes de guarda⁷⁹, y además, hay quienes dudan de que exista un injusto que requiera una pena⁸⁰.

En opinión de Díez Ripollés, el que no concurra el concepto propio de abandono o que el hecho de entregar al menor o incapaz mejore su situación personal, no supone un impedimento para que la seguridad personal sea el objeto de protección. “Ni ésta queda limitada al ámbito garantizado por el ejercicio de los deberes de guarda material, que es el directamente afectado por el abandono, ni la situación de vulnerabilidad inherente a la afección a la seguridad personal resulta negada por el hecho de que no se cree una efectiva situación de riesgo para otros bienes jurídicos del menor o incapaz, bastando con la exclusión del ámbito de guarda personal protegido en el tipo”⁸¹.

⁷⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Del abandono de familia, menores..”, op. Cit., p. 1318.

⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, M. op.cit. p. 299.

⁷⁹ Véanse MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 313.

⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 300.

⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Del abandono de familia, menores..”, op. Cit., p. 1319.

En el art. 232, en el ámbito de la seguridad personal, el aspecto prevalente es el aseguramiento de una educación y formación integral del menor o la promoción de la inserción social del adulto incapaz, afectados de forma negativa por aquel que les somete al ámbito de la mendicidad, y sin perjuicio de que otros aspectos de la seguridad personal sean perjudicados.

Existe una gran dispersión para reconocer el bien jurídico tutelado en este precepto, caracterizado por su carácter pluriofensivo. La doctrina está dividida, un grupo de autores considera que es la seguridad personal, concretamente la educación y formación del menor o incapaz, y otro grupo de autores lo considera la dignidad personal como objeto tutelado predominante, porque las víctimas son utilizadas para conseguir un beneficio económico⁸², y como objetos de protección secundarios, la vida, salud, libertad personal y deberes familiares.

En opinión de Díez Ripollés, no puede considerarse la dignidad personal como bien jurídico protegido, aunque sea un criterio relevante para delimitar los objetos de protección. “La correcta idea de que el menor o incapaz resultan en estos casos instrumentalizados posee una virtualidad interpretativa mucho mayor si se vincula al aseguramiento de una correcta educación, formación o inserción social de las víctimas que a un difuso reproche por el lucro obtenido. A su vez, colocar en un primer plano la dignidad personal priva innecesariamente al conjunto de estos preceptos de la coherencia conceptual y sistemática que siempre brinda la existencia de un único, aunque diferenciado, bien jurídico para todos ellos.”⁸³

Pero estas figuras de abandono de menores o incapaces, protegen otros bienes jurídicos con sus tipos agravados. Así es el caso de la vida, la libertad sexual y la integridad personal en el caso del abandono propio del art. 229.3 o entrega indebida del 231.2. También se protege la libertad e integridad personales cuando con la conducta de utilización o préstamo de menores o incapaces para la mendicidad, se lesiona la libertad por utilizar violencia o

⁸² Véase MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 313.

⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Del abandono de familia, menores..”, op. Cit., p. 1321.

intimidación y la integridad personal se pone en peligro por la administración de sustancias dañinas para la salud, art. 232.2.

Para Carbonell Mateu no se protege la seguridad, “tanto si es entendida en sentido amplio, como si lo es en el sentido de la física”⁸⁴. Este considera que en cada modalidad se protege un bien jurídico distinto.

Como manifestó Gustav Radbruch, en estos delitos el bien jurídico protegido se caracteriza por el carácter pluriofensivo del abandono, ya que está en juego la tutela de tres bienes jurídicos, tales como la filiación, la vida e integridad personales y los derechos y deberes familiares. Por tanto, es un “quebrantamiento del deber de custodia, atenta contra el estado civil del abandonado y además –y este sería en opinión del mencionado autor, el dato más relevante- comporta un peligro para la vida y la integridad corporal del abandonado.”⁸⁵

Comparto la opinión con Gustav Radbruch, ya que en estos preceptos se observa una clara autonomía del bien jurídico protegido y se protegen distintos bienes jurídicos de forma simultánea. Pero también creo que, de forma global, en todos ellos está presente la protección de la seguridad personal del menor, que debido a su vulnerabilidad puede verse menoscabada.

3.3.2. Abandono del 229

El artículo 229 del Código penal dispone lo siguiente:

“1. El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la 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.

⁸⁴ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 332.

⁸⁵ Tomo la referencia de Radbruch en SANZ MORÁN, A.J. “Aspectos penales de las crisis matrimoniales: una introducción”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Coor.), *Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales*, Valladolid, 2009, Lex Nova, p. 126.

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

Este precepto contiene la figura de abandono propio, junto con el artículo 230. Todas las variantes típicas del abandono tienen una estructura de delito especial propio, porque se requiere una cualidad personal del sujeto activo, la cual señalará que de forma complementaria deberá incumplirse por el autor un deber jurídico específico, y no existe otra figura equivalente común para estar ante un delito especial impropio.

El párrafo primero del art. 229 exige unas cualidades personales expresivas de un bien jurídico específico menos intenso que el que se requiere en el párrafo segundo, no convirtiendo al párrafo primero en figura común del párrafo segundo, siendo este entonces un delito especial impropio, pero el párrafo primero también se refiere a la infracción de un deber jurídico específico vinculado a una cualidad personal. Como señala Díez Ripollés, “todo lo más se podría decir que el párrafo segundo es un delito especial relativamente -por lo que hace al p.1- impropio”⁸⁶.

Pero al margen de esto, no hay ninguna figura de abandono común para el apartado primero y segundo de este artículo.

En cuanto a los sujetos activos, en el tipo básico contenido en el apartado primero del artículo 229, es la persona encargada de la guarda del menor o incapaz. “Por ella habrá que entender en primer lugar a los delegados de los padres, tutores y guardadores, esto es, las personas a las que los titulares de la guarda encomiendan temporalmente el cuidado del menor o incapaz para que en su nombre ejerzan sobre él la custodia”⁸⁷.

También lo son, aquellos que poseen la guarda material por apoderamiento ilícito del menor e incapaz, ya que de esta forma adquieren una guarda temporal sin título propio que se sustenta en un encargo implícito de los

⁸⁶DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 119.

⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 122.

titulares. En la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 2006, se produjo un hurto de uso de un vehículo a motor en el cual se hallaba una niña de tres años, abundándola después en un lugar retirado⁸⁸.

Además, hay que incluir a los padres o tutores, que aunque no tengan la titularidad de la guarda material, tienen de forma temporal el cuidado del menor o incapaz o se apoderan de ellos de forma ilícita.

No se deben incluir estos supuestos en el tipo cualificado porque este se basa en un deber jurídico específico más intenso y no existe una falta a la que sea obligado remitir los comportamientos de abandono si los llevan a cabo estos sujetos.

Por ello, Díez Ripollés dispone que “en consecuencia, puede sostenerse que el tipo básico se ocupa de conductas realizadas por sujetos que, mediante una encomienda expresa o implícita, adquieren el deber temporal de guarda material del menor o incapaz, mientras que el tipo cualificado alude a aquellas personas para quienes el deber de guarda material de tales sujetos se funda en la titularidad, de derecho o de hecho, de su ejercicio.”⁸⁹

El Tribunal Supremo, en una sentencia del 12 de septiembre de 2003 explica la expresión “persona encargada de su guarda” en un supuesto en el que la madre de un niño de 3 meses, lo dejaba durante largos periodos de tiempo con la pareja con la que convivía, el acusado. La sentencia dispone que el acusado sí era sujeto activo del delito, ya que la madre le había encargado el cuidado del niño y este lo había aceptado. “Si en este párrafo 2º, se agrava el delito para los padres, tutor o guardador de hecho, es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica”.⁹⁰ Así, Martínez García deduce que este concepto debe interpretarse como “cualquier persona que está ejerciendo labores de custodia de un menor, de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador, quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título

⁸⁸ STS nº 1016/2006 de 25 de octubre.

⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 123

⁹⁰ STS nº 1138/2003 de 12 de septiembre.

alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección.”⁹¹

En la doctrina, hay quienes introducen en el tipo básico los supuestos de guarda de hecho⁹², otros los de delegación de la guarda y otros ambas⁹³.

Hay que destacar la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 2006, en la cual el acusado había sustraído un vehículo a motor en cuyo interior se encontraba una menor de tres años, Lourdes. Posteriormente abandonó el vehículo con la menor dentro. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, absolvió al acusado del delito de abandono del art. 229 porque no consideró al acusado como persona encargada de la guarda. Sin embargo el Ministerio Fiscal considera que el secuestrador adquiere la posición de garante sobre la niña debido a su acción de sustraer el vehículo. No se duda acerca de la situación de abandono, ya que la menor estuvo desprotegida y en situación de riesgo durante casi seis horas, pero se discute sobre la concurrencia en el sujeto activo de persona encargada de su guarda.

El Tribunal Supremo considera que el concepto de guardador de hecho debe interpretarse con amplitud, abarcando “cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia del menor o incapaz, de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección”⁹⁴. Además señala como este delito puede darse en comisión omisiva, ya que el acusado “con la sustracción del vehículo en el que se encontraba la menor, la colocó en una situación de riesgo que le obligaba a garantizar la indemnidad de su seguridad física”⁹⁵. El acusado la abandonó en

⁹¹ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. op. Cit. P. 898.

⁹² PRATS CANUT, J.M., “Delitos contra las relaciones familiares” en QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Elcano (Navarra), 2005, Aranzadi S.A., p. 575.

⁹³ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 299.

⁹⁴ STS 1016/2006, Sección 1ª, de 25 de octubre.

⁹⁵ STS 1016/2006, Sección 1ª, de 25 de octubre.

un descamado, dejándola desprotegida. El Tribunal Supremo falló condenando al acusado por un delito de abandono de menor.

Me parece correcta la sentencia del Tribunal, porque el acusado con su conducta al sustraer el coche con la menor dentro ya se hace responsable de la misma. Además hay que tener en cuenta que el párrafo segundo del art. 229 agrava el delito para los padres, tutores o guardadores de hecho, por lo tanto pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor.

En el artículo 229.2 se contiene el tipo cualificado. En el mismo, lo sujetos activos son los padres y tutores, que lo serán los considerados así en el Código civil cuando sean titulares del deber de custodia o guarda material de sus hijos o pupilos (en el ámbito de la patria potestad o tutela). Los padres o tutores que no tengan un título propio de la guarda material no serán sujetos activos.

Como indica Díez Ripollés “a su vez, dentro del concepto de guardadores legales cabrán sin duda los acogedores residenciales y familiares, en cualquiera de las modalidades previstas por las leyes civiles, así como cualesquiera otras personas que, por inmediata disposición legal o por decisión judicial en aplicación de las correspondientes normas legales, hayan accedido a la titularidad de la guarda material del menor o incapaz.”⁹⁶ En ciertos casos especiales, pueden serlo los curadores o defensores judiciales.

Lo que no parece claro, es considerar a los guardadores de hecho como sujeto activo, ya que el nuevo código eliminó su alusión, reemplazándola por la de guardadores legales⁹⁷. Sin embargo, Martínez García considera que los guardadores de hecho están incluidos en el concepto de guardadores legales, porque “en la medida en que están contemplados en los arts. 303 y 304 CC, se trata de una figura con cobertura legal, quedando reducido al tipo básico para

⁹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 120.

⁹⁷ Con anterioridad a la entrada en vigor del actual Código penal, la inclusión de los guardadores de hecho en el tipo cualificado y que los guardadores legales estuviesen incluidos en el tipo básico o quedasen fuera del ámbito punitivo, resultaba incongruente.

los guardadores ocasionales, sin vínculo familiar o jurídico alguno con el menor o incapaz”⁹⁸.

Los argumentos que apoyan su inserción en el tipo cualificado son que la guarda de hecho se regula de forma específica en el art. 303 y ss. del Código civil, contraponiéndose a la guarda de derecho y no a la guarda legal. Además, que fundamenta el tipo cualificado, que se corresponde con la mayor intensidad del deber jurídico específico vulnerado.

Así, Díez Ripollés considera que “no cabe negar que el guardador de hecho ejerce la titularidad de facto de la guarda material, a diferencia de los supuestos del apartado primero del art. 229 en los que se trata de meras alegaciones de la guarda por parte de su titular, esa era por otra parte, doctrina jurisprudencial durante la vigencia del viejo código a la hora de diferenciar entre el guardador del hecho, inserto en el p.2, y el encargado de la guarda del p.1”⁹⁹. Así, calificar de legales a los guardadores del art. 229.2 solo serviría para diferenciarlos de los que tienen un encargo de guarda por los que legalmente tienen la guarda material.

Pero, la mayor parte de la doctrina, considera que la referencia a los guardadores legales excluye a los guardadores de hecho de este tipo cualificado.

El art. 229.3 contienen el tipo agravado, pero este no atiende a la diferente cualidad de los sujetos activos. Por ello, la vulneración de los deberes jurídicos específicos con mayor intensidad del art. 229.2, solo serán considerados para medir judicialmente la pena.

El tipo objetivo está formado por el abandono del menor o incapaz. “Nos encontramos ante una estructura típica de resultado material, en la que el concepto de abandono da lugar a una variante de tipo resultativo o prohibitivo de causación.”¹⁰⁰

La acción típica no está determinada, por lo que lo será a través del resultado que va a originar esa acción. El resultado de abandono se refiere a la

⁹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. op. Cit. P. 898.

⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 121.

¹⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 124.

localización del menor o incapaz fuera del ámbito de guarda material o custodia, provocándole esto una situación de vulnerabilidad¹⁰¹.

Se habla de situaciones de abandono personal, no incluyéndose el abandono asistencial, es decir, “la privación del menor o incapaz por parte de sus custodios de los cuidados incluso más elementales pero manteniéndoles dentro del área de guarda material”¹⁰².

Para Prats Canut abandonar es “dejar o no sacar por quien por su vínculo familiar le corresponda, de una situación de desamparo, siendo evidente que junto al hecho fáctico, el sentido gramatical de abandono tiene un contenido peyorativo, que sin que obligue a extraer de él la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, pues impediría la punición de comportamientos a título de dolo eventual, en muchos casos merecedores de punición, sí que impide, en nuestra opinión sancionar aquellas situaciones de dejación del menor o incapaz, aunque no comporten situaciones de peor condición sino que por el contrario la mejoren”¹⁰³.

Sin embargo, el tribunal Supremo atiende a un concepto de abandono ambiguo que tiene dos acepciones, una el abandono personal, y otra, el abandono asistencial que es la desatención o falta de cuidados, sin que el menor se encuentre fuera del área de guarda¹⁰⁴. “Sin embargo, esta interpretación plantea graves dificultades a la hora de delimitar el art. 229.2 del art. 226. Por este motivo parece más adecuado interpretarlo como abandono personal, lo cual no impide que el guardador pueda cometer este delito alejándose del menor o incapaz, o que también sea posible cometerlo en comisión por omisión cuando el guardador no hace nada por evitar que el menor salga del área de guarda”¹⁰⁵.

¹⁰¹ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 314.

¹⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 125.

¹⁰³ PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 575.

¹⁰⁴ STS nº 1138/2003 del 12 de septiembre.

¹⁰⁵ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 726.

Esta separación de la guarda material no tiene por qué considerarse peligrosa ni como un peligro concreto para otros bienes jurídicos personales del menor o incapaz.

Tampoco cabe aducir que se excluya la situación de vulnerabilidad que crea la lesión típica, por el hecho de que el sujeto activo garantice que el menor o incapaz queda atendido de forma adecuada por otras personas que lo hagan en su lugar.

Pero en nuestra sociedad esto no está admitido, ya que existen instituciones asistenciales para estos menores o incapaces, por lo que el abandono se producirá si estos no son entregados, ya sea directa o indirectamente, a los organismos públicos que se dedican a su tutela y guarda.

La entrega indirecta consiste en “la expresa encomienda de la guarda temporal del menor o incapaz a terceros o a la autoridad judicial o administrativa, siempre que éstos consientan y se haga con el encargo de que proceden de modo inmediato a poner a disposición de las instituciones asistenciales competentes al menor o incapaz”¹⁰⁶.

Si el menor o incapaz es entregado a un tercero que con anterioridad se comprometió a asumir la guarda de facto a título propio, podría no hablarse de abandono. En estos casos no se rompería la guarda material, pero pueden concurrir otros delitos, como el abandono de familia.

Sin embargo, asumir la guarda de hecho de un menor o incapaz desamparado, no es obstáculo para que se haya ya consumado el abandono y la suspensión del ejercicio de la custodia.

El comportamiento típico serán todas las conductas activas u omisivas que produzcan el abandono. Hay quienes consideran que estas conductas son solo omisivas exclusivamente en alguna de sus variantes¹⁰⁷. Pero sin embargo, no debe confundirse la omisión de la guarda con la acción u omisión de abandonar.

¹⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 126.

¹⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 300.

Una conducta activa característica es la exposición de niños, la cual consiste en desplazar al menor o incapaz a un lugar distinto al que se va a ejercer la custodia. También puede hablarse del alejamiento del guardador del lugar en que se ejerce la custodia. Si este alejamiento no es achacable al guardador, sino a causa del menor, no se producirá la acción de abandono de menores o incapaces, aunque podría provocar un delito de abandono de familia.

En cuanto a las conductas omisivas típicas “responderán a una estructura de comisión por omisión, a cuyos requisitos deberán ajustarse. Al no plantear problemas la posición de garante, dadas las cualidades personales exigidas a los sujetos activos, el acento recaerá en la verificación de si los elementos de la omisión equivalen o se corresponden desde el punto de vista de su contenido de lo injusto con los de la acción”¹⁰⁸.

No son omisiones típicas, simples conductas de ejercicio deficiente de los deberes de guarda de configuración omisiva, por ejemplo, no evitar que el menor o incapaz no se envuelva en situaciones de peligro. Estaríamos ante abandono de familia.

Para estar ante este delito, es necesario que el comportamiento de abandono y el resultado tengan una magnitud lo suficientemente elevada para ser relevante típicamente. Carbonell Mateu considera que no es adecuada la tesis de Muñoz Conde, que requiere conocer la situación de inseguridad, sino que sostiene que “existirá delito a pesar de que el sujeto activo actúe con plena conciencia de mejorar la seguridad del menor. Y ello con independencia de la posible concurrencia de una posterior causa de justificación que, en modo alguno, puede predicarse con carácter general.”¹⁰⁹

En mi opinión, coincido con Muñoz Conde en que es necesario conocer la situación de inseguridad, porque si no se estaría incurriendo en un exceso de responsabilidad para los sujetos activos que conllevaría, a su vez, un exceso de punición.

¹⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 128.

¹⁰⁹ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 333.

En la sentencia del Tribunal Supremo del 24 de abril de 2010 se acusaba a Teodosio, que junto con su mujer tenía diez hijos menores de edad, de cometer un delito del art. 229. Teodosio estaba acusado de no prestar a sus hijos la asistencia necesaria, ni en alimentación, ni vestidos, ni habitación, ya que tenían una habitación con cuatro camas sin las medidas higiénicas necesarias. Además, los dejaban al cuidado de un hermano y su cuñada que también tenían cinco hijos. Estos tampoco atendieron a los niños, por lo que los servicios sociales del Ayuntamiento de Bolaños declararon una situación de desamparo y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha asumieron la tutela de los menores. Por tanto se cumple el tipo penal del art. 229.

Como señala la Sentencia, “la conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo de tipo penal, aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refiere tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres p guardadores.”¹¹⁰

En cuanto al tipo subjetivo del tipo básico del art. 229.1, se acepta cualquier modalidad del dolo. “Este irá referido a los elementos constitutivos de la acción u omisión de abandonar, incluida la cualidad de personal del sujeto activo, así como a la producción a través de tales comportamientos típicos del abandono exigido en el tipo”¹¹¹. El dolo no debe ir más allá de provocar una situación de vulnerabilidad relacionada directamente con distanciar al menor o incapaz del área de guarda material.

El tipo subjetivo del tipo agravado del art. 229.2 requiere que el dolo comprenda una cualidad personal especial de los sujetos activos.

¹¹⁰ STS nº 495/2010 de 24 de abril, Sección 1ª.

¹¹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 131.

En cuanto a la culpabilidad, es difícil observar errores de prohibición sobre la concurrencia del deber específico de guarda material o custodia por el titular de la guarda o el que se encarga de la misma.

Relativo a los casos de inexigibilidad de obediencia al derecho, “en especial en el marco del estado de necesidad exculpante, serán raros si las circunstancias existenciales han devenido especialmente problemáticas para el mismo guardador, dada su obligación de sacrificarse, aunque serán más factibles en relación con el auxilio necesario.”¹¹²

En la autoría, es posible tanto la inmediata única como la coautoría en aquellos sujetos que poseen las cualidades exigidas por el tipo, pero aquel que no las posea será considerado como un cooperador. “Por otra parte, cabrá la autoría mediata mientras sea el intraneus el que utilice como instrumento a un extraneus, pero no a la inversa”¹¹³.

Los inductores, cooperadores necesarios o cómplices que no posean competencias de custodia, es decir, los partícipes extranei, lo serán del tipo llevado a cabo por el autor o coautores intranei, a pesar de que no posean la cualidad personal necesaria para ser sujeto activo.

Estas figuras se consumarán cuando se separe o aisle al menor o incapaz del ámbito de custodia que tenga la magnitud necesaria para provocar el resultado típico.

Puede estarse ante formas imperfectas de ejecución. Si se realiza el comportamiento típico pero no se desubica al menor o incapaz, o vuelven al ámbito de guarda antes de obtener relevancia típica el abandono, estaríamos ante tentativa acabada. Será inacabada si la deslocalización del menor o incapaz se suspende por causas no achacables al sujeto activo.

Relativo al tipo agravado, este se contiene en el art. 229.3, el cual es un tipo compuesto, “integrado en su primera parte, bien por el tipo básico de abandono del art. 229.1, bien por éste y su tipo cualificado del art. 229.2, bien por cualquiera de las variantes precedentes y el tipo atenuado del art. 230; la segunda parte consiste en un tipo de peligro concreto, vinculado a las hipótesis

¹¹² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 134.

¹¹³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 134.

típicas precedentes y referido a la vida, salud, integridad física y libertad sexual del menor o incapaz”¹¹⁴.

Se fundamenta este tipo agravado en el aumento del contenido de lo injusto específico que provoca además un resultado de peligro para otros bienes jurídicos, observándose un peligro concreto para la vida, libertad sexual, salud o integridad física del menor o incapaz. También “se prevé la posibilidad de que ese peligro concreto se haya convertido en un resultado lesivo para esos bienes jurídicos de más valor, en cuyo caso se aplicará el concurso de leyes, concretamente la regla de la alternatividad del art. 8.4 CP, y se aplicará el precepto penal más grave”¹¹⁵.

Los elementos objetivos de la segunda parte del tipo compuesto, requieren unas circunstancias concurrentes. “Con ello no se quiere propiamente aludir a la presencia de nuevos elementos facticos, distintos de los que han dado lugar al comportamiento y resultado de abandono, sino a la posibilidad de formular respecto a esos mismos elementos un determinado juicio de valor, el cual no es inherente a cualquier realización del tipo de abandono previo”¹¹⁶.

Ese juicio de valor reside en declarar que es probable que ese abandono no provoque un peligro concreto para la vida, salud e integridad personases o libertad sexual del menor o incapaz.

“Más allá de ello, el subtipo de peligro concreto en el que nos encontramos requiere la producción de un efectivo resultado de peligro para tales bienes, lo que sucederá cuando el menor o incapaz, debido al carácter peligroso para esos bienes del abandono producido, entra realmente en el radio de influencia de la situación peligrosa.”¹¹⁷

El tipo subjetivo requiere un dolo en cualquiera de sus modalidades. Si el sujeto creyó que no se iba a producir una situación de inseguridad para el

¹¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 137.

¹¹⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. op. Cit. P. 900.

¹¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 137.

¹¹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 138.

menor o incapaz, no habría responsabilidad penal porque no se pena la imprudencia, aunque sí puede darse el dolo eventual¹¹⁸.

Un ejemplo de este subtipo agravado sería la sentencia del Tribunal Supremo de 2003 en el que la madre deja a sus dos hijas pequeñas con una conocida en cuya casa acudían personas drogodependientes a consumir drogas y dejando por la casa las jeringuillas, entre ellas la acusada que se desentendía de las niñas, las cuales sufrieron agresiones sexuales por desconocidos¹¹⁹.

3.3.3. Abandono temporal

El art. 230 dispone lo siguiente:

“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.”

El art. 230 contiene el tipo privilegiado de los arts. 229.1 y 2, así como del 229.3, ya que abarca un contenido menor de lo injusto específico. Esto se manifiesta en que el abandono tiene carácter temporal. Atenúa la pena en un grado a las previstas en el art. 229.

Roca Agapito considera en cuanto al criterio de la duración del abandono para distinguir ambos artículos que, “lo importante no debería ser lo que haya durado abandono, sino si tiene fijado de antemano, por sus propias cualidades, un límite en su duración y no se trata de un abandono definitivo.”¹²⁰

Carbonell Mateu sostiene que “la existencia del precepto establecido en el art. 230 obliga a entender que en los supuestos recogidos en el artículo anterior se requiere una intención de abandono definitivo del menor”¹²¹.

¹¹⁸ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 314.

¹¹⁹ STS nº 942/2003 de 30 de junio.

¹²⁰ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 726.

¹²¹ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 330

Para saber si estamos ante un abandono temporal, este lo será si no es indeterminado, esto es “tenga atribuido un límite en su duración, y tampoco sea definitivo, es decir, el límite de su duración no coincida con el del final de la minoría de edad o incapacidad de la víctima.”¹²²

El tiempo de abandono que haya pasado o se crea que va a pasar no atribuye el carácter de temporal al abandono. Cuando haya transcurrido el tiempo necesario para que el abandono adquiera relevancia típica, “este será desde el primer momento temporal o definitivo/indeterminado según las cualidades a él inherentes, con independencia del tiempo que vaya a durar”¹²³.

El abandono definitivo no tiene por qué ser de larga duración si el menor va a alcanzar la mayoría de edad de forma casi inmediata, y el abandono temporal puede ser duradero si comprende un periodo de tiempo computable en años.

Prats Canut considera este supuesto como “criterio de delimitación del anterior, ya que si en el presente caso se sanciona el abandono temporal, cabe suponer que el primero contempla los abandonos definitivos”¹²⁴.

Como señala Díez Ripollés, “Tales cualidades habrán de determinarse en el plano objetivo, atendiendo a la medida en que, dadas las circunstancias personales y sociales concurrentes, puede estimarse que al abandono producido le es inherente o no un límite temporal y, en el primer caso, si este coincide o no con la extinción de la guarda material”¹²⁵. Esto no impide que sea aconsejable tener en cuenta el plan del autor, aunque la intención del sujeto activo no deba ser lo único que se tenga en cuenta.

Parece lógico hablar de abandonos temporales cuando se lleven a cabo durante las vacaciones de los guardadores, o cuando estos se trasladen a otros lugares por actividades laborales de jornaleros.

Sin embargo, es reprochable que el legislador, para diferenciar entre el injusto de los abandonos de menores o incapaces, haya utilizado la

¹²² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 130.

¹²³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 130.

¹²⁴ PRATS CANUT, J.M. op.cot. p. 577.

¹²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 130.

temporalidad del abandono como criterio. Díez Ripollés, de forma correcta a mi juicio, considera más adecuado utilizar el mayor o menor desvalimientos debidos a la edad o grado de incapacidad o “el carácter pasajero o transitorio, esto es, de escasa duración del abandono”¹²⁶.

Carbonell Mateu considera que cuando la duración del abandono sea tan mínima que la vida, la integridad física, libertad sexual o la salud no se pongan en peligro, se tienen que considerar atípicos dichos abandonos¹²⁷.

Polaino Navarrete considera que la concreción es instantánea, “aunque de prolongase el status típico en el tiempo sea la figura es susceptible de consumación permanente. Desde esta perspectiva, el abandono temporal del tipo privilegiado carece de posibilidad de apreciación en un sentido cronológico, pues todo abandono es temporal, con duración al menos de un instante, y el abandono por ese instante concreta ya el tipo legal”¹²⁸.

En cuanto al comportamiento típico habrá que estar a lo dicho anteriormente para el art. 229.

Relativo al tipo subjetivo, este requiere que el dolo comprenda los elementos que definen al abandono como temporal.

Las causas de justificación, que no son frecuentes en el tipo agravado del art. 229, mayoritariamente, se darán en el marco de los abandonos temporales.

Pueden darse casos de estado de necesidad, por ejemplo, la capacidad para neutralizar un riesgo imperioso para un tercero que le obliga a abandonar a un incapaz por cierto tiempo.

Es más viable imaginar supuestos en los que chocan intereses en el ámbito de la causa de justificación de cumplimiento de un deber, por ejemplo, que estén bajo su custodia varios menores o incapaces, y tener que abandonar temporalmente a alguno para proteger los intereses de otros, como su vida o integridad.

¹²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 131.

¹²⁷ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 334.

¹²⁸ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 301.

Y más factibles son aún supuestos de legítima defensa por el ataque ilegítimo del menor o incapaz, aunque habrá que analizar cada uno de los elementos de la causa de justificación.

3.3.4. No entrega del menor

En el art. 231 se recogen las figuras de entrega indebida, tanto un tipo básico como un tipo agravado. Este artículo dispone lo siguiente:

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

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

Es un delito especial propio, por lo que los sujetos activos solo son quienes tengan a su cargo la crianza y educación del menor o incapaz.

Se califica como propio porque no hay un delito común que comprenda las mismas conductas pero llevadas a cabo por personas que carezcan de esa cualidad personal, ni tampoco tiene una función de delito común.

En primer lugar, hay que atender a que se entiende por crianza. “Por crianza debe entenderse el conjunto de atenciones y cuidados vinculados al deber de guarda personal consistente en lo que genéricamente se entiende como procura de alimentos, el cual se extiende, cuando menos, a las medidas relativas al sustento, vestido y asistencia médica.”¹²⁹

Por educación “se hace referencia al deber de guarda personal consistente en garantizar una educación y formación integral, extensiva al conjunto de aspectos culturales, profesionales y personales de ellas”¹³⁰.

¹²⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 139.

¹³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., pp. 139 y 140.

Hay quienes critican las menciones a la guarda y educación para los incapaces mayores de edad, porque consideran que no se respeta la igualdad ante la ley¹³¹. Para Díez Ripollés, con el cual estoy de acuerdo, “el concepto de crianza en la medida en que es identificable con el de alimentos del código civil (art. 142) permite abarcar todos los cuidados asistenciales y sanitarios que estarán en primer plano en esos incapaces. A su vez la educación, incluyendo además de la formación integral y entendida en sentido amplio, no es irrelevante siempre en tales sujetos, aun siendo mayores de edad. Ciertamente se echa en falta la mención a la mejor inserción social, aludida en el art. 269 Cci, entre los deberes del tutor respecto a los incapaces”¹³².

En cuanto a la naturaleza jurídica, esta no es la de un abandono, aunque exista la alternativa de considerarlo equivalente al abandono propio de los arts. 229 y 230.

No estamos ante un abandono porque es una transmisión anormal del ejercicio de la guarda personal, o lo relativo a la crianza y educación, de quien la ejercía a otra persona, la cual puede ser física o jurídica, que la admite y la comienza a ejercitar sin solución de continuidad. No puede considerarse abandono porque no se quiere una ruptura del ejercicio de la guarda personal¹³³. Se trata de “una infracción del deber de vigilancia y custodia sobre el menor”¹³⁴.

Las conductas se configuran en dos variantes, los delegados “llevan a cabo una subdelegación de la guarda personal, o de una parte de ella, a otras personas o instituciones sin el consentimiento de los titulares de la guarda o de quienes los representan”¹³⁵. La segunda, “los delegados renuncian a tal delegación, pero, en lugar de restituir al menor o incapaz a los titulares de la guarda personal, sin contar con el consentimiento de estos o sus representantes ponen al menor o incapaz bajo la guarda de facto (art. 303 Cci)

¹³¹ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 302.

¹³² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 140.

¹³³ PRATS CANUT, J.M. op.cit., p. 578.

¹³⁴ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 315.

¹³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 142.

o por ministerio de la ley (arts. 172, 299 bis Cci) de otras personas o instituciones”¹³⁶.

En cuanto a la alternativa de considerarlo un abandono propio, esto plantea dos inconvenientes. El primero, no se comprenden los supuestos en los que el abandono de la crianza o educación los llevan a cabo los titulares de los mismos, y el segundo, se refiere a supuestos menos graves en que el menor o incapaz se entrega a otra persona que acepta ejercer la guarda, pero no a casos propiamente de abandono.

Quienes tienen delegada la crianza y educación del menor o incapaz, si entregan como subdelegación a los mismos a otra persona o institución o a un tercero que de facto asume esa guarda, o a las instituciones obligadas por ley a la tutela de estos menores o incapaces desamparados, sin el consentimiento de los titulares de la guarda, cometerán un delito de entrega indebida del art. 231.

Si estos sujetos poseen la custodia del menor o incapaz, se dará lugar al mismo delito. Pero si los sujetos, aunque tengan delegados deberes de guarda material, no poseen en concreto los de crianza y educación, no dará lugar a este delito.

Existe, entre los que poseen los deberes de crianza y educación y quienes les otorgan a estos tales deberes, una relación de exclusión, lo cual conlleva que solo serán sujetos activos quienes hayan obtenido esas obligaciones por encomienda de sus titulares.

Por ello, los padres, tutores, acogedores, guardadores de hecho, guardadores legales y judiciales, no pueden ser sujetos activos si son titulares de los deberes de crianza y educación.

Los padres, “aun cuando hayan sido privados, excluidos o suspensos de la patria potestad de sus hijos menores de edad, seguirán siendo titulares del deber de alimentarlos, como establecen los arts. 110 y 111 Cci, por lo que en relación con el deber de crianza, no podrán ser, salvo circunstancias excepcionales, sujetos activos de este precepto.”¹³⁷

¹³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 142.

¹³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 140.

Pero serán sujetos activos, aquellos a quienes los titulares de los deberes de crianza y educación les deleguen de forma temporal el ejercicio de esas obligaciones. También, los delegados de los padres a quienes les hayan privado, suspenso o excluido de la patria potestad pero mantienen el deber de crianza, y los alimentantes.

En cuanto a la estructura típica, es la propia de un delito de resultado material, tanto para el tipo básico como para el agravado.

El resultado típico radica en la sustitución “del área donde se venía ejerciendo hasta ese momento la guarda personal, o cuando menos los aspectos de ella concernientes a la crianza y educación, por la propia de otra persona física o jurídica, quien pasa a ejercer tan función sin solución de continuidad”¹³⁸. Aunque no se rompa el ejercicio de la guarda, se produce la escisión indebida del ámbito original de la guarda.

La acción típica consiste en ceder al menor o incapaz a otra persona o institución que ejercerá las funciones de guarda¹³⁹. También es posible estar ante situaciones de comisión por omisión, por ejemplo el delegado puede permitir que otra persona le reemplace en el ejercicio de sus funciones.

Se habla de partícipes necesarios impunes porque “la entrega implica que un tercero o establecimiento público acepta de antemano ejercer las funciones, cuando menos, de crianza y educación hasta entonces ostentadas por el sujeto activo, lo que convierte a ese tercero o establecimiento público en un partícipe necesario impune”¹⁴⁰. Pero en el caso en que el encargado de la guarda vaya a dejar de estarlo de forma inminente, no se puede hablar de entrega.

Se entiende por tercero “cualquier persona física o jurídica, privada o pública, en condiciones de ejercer una subdelegación de la guarda personal que ostenta el sujeto activo o de asumir esa misma guarda de facto a título propio (art. 303 CCi)”¹⁴¹.

¹³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 144.

¹³⁹ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 315.

¹⁴⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 145.

¹⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 146.

Serán establecimientos públicos “aquellas instituciones obligadas por ministerio de la ley a la tutela o guarda de menores o incapaces desamparados (arts. 172 y 299 bis CCi)”¹⁴².

Como elemento del tipo de lo injusto específico existe la falta de anuencia, es decir, la falta de consentimiento, por los titulares de la guarda personal, que entregan el ejercicio de la crianza y educación del menor o incapaz al sujeto activo de este delito. Si existiera la autorización o aceptación de los titulares para la entrega se excluye el tipo.

Si el delegado de la guarda la transmite a un tercero con el consentimiento de los titulares, o da al menor o incapaz a las instituciones públicas que se encargan de los menores o incapaces desamparados o a un guardador de hecho para que los titulares puedan desatender el ejercicio de la guarda, no se trata de una sustitución irregular del ejercicio de la guarda delegada por parte de los encargados de la misma, no se da por tanto el injusto específico de este artículo.

“Si la mención a los que hubieran confiado al menor o incapaz es una referencia a los titulares de los deberes de crianza y educación, la alusión subsidiaria a la autoridad se limita a prever una alternativa para aquellos casos en que, por diversas circunstancias, el delegado de la guarda estima conveniente entregar al menor o incapaz a otra persona o institución y no puede obtener la opinión de los titulares de la guarda”¹⁴³.

La autoridad interviene representando a los titulares, y si este considera que no se están respetando los intereses del menor o incapaz con las decisiones de los titulares de la guarda o los delegados, tienen previstas otras vías legales para actuar.

Pero la autoridad tiene funciones de vigilancia para velar por que se cumpla de forma adecuada con la guarda y tutela de los menores o incapaces, y se le pide que de su conformidad por los titulares de la guarda. Esto implica “incluir a los jueces con competencias en menores o incapaces y al ministerio fiscal, pero también a las entidades públicas encomendadas de la protección

¹⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 146.

¹⁴³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 147.

de menores en los casos de acogimiento.”¹⁴⁴ Sin embargo, en casos de estado de necesidad, los delegados pueden llevar a cabo la entrega sin la conformidad de los titulares o de la autoridad.

La entrega tiene que tener magnitud para ser típicamente relevante, es decir, “ser apta para producir una efectiva sustitución del área de guarda personal relativa a la crianza y educación”.¹⁴⁵

Roca Agapito considera que este artículo “castiga una mera infracción formal del deber educacional, carente de cualquier contenido material de lesividad para los menores e incapaces, o todo lo más escaso, que es quizás lo que explica la pena tan leve que tiene”¹⁴⁶. Señala que simplemente pena un traslado no autorizado de la crianza y educación de quien la venía ejerciendo a otra, esta última puede ser también un establecimiento público.

Prats Canut considera que el comportamiento castigado en este delito “no parece gozar de la materialidad suficiente para constituir un injusto penal, lo cual se ve confirmado por la benignidad de la pena, que parece atender más a la tutela del principio de autoridad de quien ostenta la patria potestad o pupilage del menor o incapaz, que a los derechos subjetivos de este”¹⁴⁷, a pesar de la valoración ética del comportamiento.

En cuanto al tipo subjetivo, este exige el dolo en cualquiera de sus variantes. No cabe la comisión imprudente.

Para Díez Ripollés, “la creencia errónea de que concurre la conformidad de los titulares o subsidiariamente de la autoridad, constituirá un error de tipo, a resolver de acuerdo con el art. 14.1.”¹⁴⁸ Sin embargo, otros autores como Muñoz Conde, hablan de un error de prohibición.

Relativo a las causas de justificación, es muy probable que se den situaciones de estado de necesidad de los encargados de forma temporal de la crianza y educación.

¹⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 147.

¹⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 148.

¹⁴⁶ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 727.

¹⁴⁷ PRATS CANUT, J.M. op. cit. p. 579.

¹⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 148.

La consumación se producirá cuando el delegado sustituya al titular en el ejercicio de la guarda, concretamente de la educación y crianza del menor o incapaz.

Pueden apreciarse formas imperfectas, “el rechazo a la asunción de la guarda por el tercero o el establecimiento público, pese a existir una aceptación previa, una vez que el menor o incapaz se pone a disposición de ellos, habrá que considerarlo como una tentativa acabada, al igual que los casos en los que el menor o incapaz, o un extraño, logran impedir tal traspaso”¹⁴⁹.

Existirá tentativa inacabada si el hecho de entregar al menor o incapaz a quien ha aceptado asumir su guarda se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, o si el establecimiento público o tercero se niega a aceptar esa guarda, cuando el sujeto activo ha formalizado una propuesta concreta. Los actos preparatorios no se castigan.

En el art. 231.2 se encuentra el tipo agravado. De este modo, se añade un tipo de peligro concreto para la vida, integridad física, salud o libertad sexual del menor o incapaz¹⁵⁰. Encuentra su fundamentación en el aumento del contenido de lo injusto específico por atacar estos bienes jurídicos.

Por ello, la entrega se deberá llevar a cabo en unas condiciones que pueda provocar un peligro concreto para estos bienes jurídicos. “La expresión “si con la entrega” pone de manifiesto que tales cualidades deben estar vinculadas a la misma entrega, pero, en cualquier caso, no deben ser inherentes a cualquier realización del tipo básico”¹⁵¹.

Además, debe darse un resultado de peligro para esos bienes.

El dolo puede darse en cualquiera de sus modalidades, como un dolo de puesta en peligro concreto de tales bienes.

¹⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 149.

¹⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 302.

¹⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 150.

3.3.5. Utilización de menores en la mendicidad

El art. 232 recoge el delito de utilización o préstamo de menores o incapaces para la mendicidad, y contiene un tipo básico y un tipo agravado en sus apartados 1 y 2 respectivamente. Dispone lo siguiente:

“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 traficare 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.”

En cuanto al bien jurídico protegido, se lesiona la seguridad personal del menor o incapaz, porque se atenta contra su educación y su formación integral o se impide la promoción de la inserción social del adulto incapaz. Esto está al margen de la vulneración de los deberes de guarda personal que se pueden dar, como los ulteriores daños a la seguridad personal que se pueden producir.

Serán sujetos activos de este delito, los titulares de la patria potestad, tutela o guarda personal en cualquiera de sus modalidades, y los encargados de forma temporal de algunos o todos los deberes de guarda, así como los que tengan obligaciones familiares que sean allegados, parientes, conocidos o incluso extraños. Por ello, no estamos ante un delito especial sino común, ya que el sujeto activo puede serlo cualquiera.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el comportamiento típico suele darse entre los que ya tenían la titularidad de la guarda temporal o los que la ostentan de forma temporal. Y además, “la realización de la conducta típica de “utilización” conllevará en muchas ocasiones la asunción de una guarda de hecho por parte del sujeto activo que hasta entonces no tuviera algún título, o delegación, de guarda: y que la ejecución del comportamiento típico de “préstamo” presupondrá habitualmente la existencia, al menos en ese

momento, de una guarda personal a título propio o delegado por parte del autor del delito”¹⁵².

Díez Ripollés encuentra inquietante que puedan ser sujetos activos los que entregan y los que reciben a los menores e incapaces. Pero por el hecho de recibirlos no se pueden convertir en sujetos activos si no utilizan al menor o incapaz para la mendicidad o trafican con él entregándolo a otro.

En mi opinión, si se ha recibido al menor para practicar la mendicidad, solo el hecho de recibirlo, ya convierte a esa persona en sujeto activo, porque si no este debería impedirlo.

En la Sentencia del año 1998 de la Audiencia Provincial de Murcia, un niño estaba con su tía pidiendo dinero en un semáforo, entregando el niño el dinero que conseguía a su tía. Esta no era la titular de la patria potestad, pero era quien se estaba encargando del menor en ese momento¹⁵³.

En cuanto al tipo básico, hay dos variantes, una referida a la utilización y otra al préstamo.

La relativa a la utilización da lugar a un delito de lesión y resultado material, y la relativa al préstamo provocará un delito de peligro concreto y resultado de peligro.

De este modo, en la modalidad relativa a la utilización “se realizan determinadas actuaciones sobre el menor o incapaz que dan como resultado la práctica por estos de la mendicidad. Por el contrario, en la segunda modalidad la entrega a otra persona del menor o incapaz hace que estos entren en el radio de influencia de las prácticas mendicantes, sea porque el prestatario se dispone a hacerlas para ejercer la mendicidad, sea porque entran en los circuitos de préstamo de menores o incapaces para mendigar”¹⁵⁴.

La referencia a “para la práctica de la mendicidad” debe interpretarse correctamente. En la variante de la utilización, la preposición “para” indica el ámbito en el que la acción verbal despliega sus efectos, y en la variante de

¹⁵² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 152.

¹⁵³ SAP de Murcia 12 de febrero de 1998.

¹⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 153.

préstamo señala el objetivo que se busca con la acción verbal. Por ello, en la primera alternativa, utilización, es necesario que se practique la mendicidad, y en la segunda, préstamo, basta con la intención¹⁵⁵.

Por tanto, la “práctica de la mendicidad” es el resultado material en la utilización, y en el préstamo es la finalidad. Consiste en “solicitar dádivas con valor económico a terceras personas indeterminadas mediante palabras, gestos, escritos o cualquier otro medio suficientemente expresivo, apelando a su generosidad a partir de la puesta de manifiesto de una situación de indigencia o postración económica, real o ficticia, propia o de personas de algún modo cercanas, sin realizar ningún tipo de contraprestación o una cuya innecesariedad, improcedencia, desproporción o inevitabilidad la hacen aparecer como una mera excusa para la obtención de dádivas”¹⁵⁶.

En cuanto a la mendicidad encubierta, cabe incluir los servicios de aparcacoches, limpieza de vehículos, venta de productos como pañuelos, etc¹⁵⁷. Pero no es fácil distinguir entre la mendicidad encubierta y otras actividades propias de la economía sumergida. No se considerará “práctica de la mendicidad” ni pedir limosna, coleccionar fondos para fines de solidaridad social, así como beneficiarse de la generosidad de las personas más cercanas.

La modalidad de la utilización del menor o incapaz para mendigar, se refiere al abuso, instrumentalización o explotación. La acción consiste en “colocar al menor o incapaz en condiciones o en situación de pedir limosna en beneficio total o parcial de otros, y aprovechando la imagen de desvalimiento que aquellos ofrecen”¹⁵⁸.

Hay una gran pluralidad de medios comisivos, como ofrecer cualquier tipo de recompensa o engañar, intimidar, utilizar la violencia. Además, pueden cometerlos por ellos mismos, u obligarles a acompañarles en el cometido. Pero no se cumplirá el tipo en el caso de que el menor o incapaz acompañe al titular de la guarda porque no pueden dejarlos en otro lugar. Los Tribunales han

¹⁵⁵ PRATS CANUT, J.M. op. cit. p. 580.

¹⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 154.

¹⁵⁷ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 335.

¹⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 155.

considerado atípico mendigar con menores cuando estos no intervienen en la recaudación del dinero¹⁵⁹. Para Roca Agapito, sí que se debe admitir esta modalidad¹⁶⁰.

Se puede, también, realizar la conducta típica en comisión por omisión si se da la posición de garante, relacionado con que el sujeto activo ostente la titularidad o encomienda de la guarda.

La Jurisprudencia exige, además, que exista reincidencia en la conducta, pero sin llegar a la habitualidad¹⁶¹.

También es necesario que la utilización tenga una magnitud considerable como para dar lugar a la práctica de la mendicidad.

Esta modalidad se configura como un delito permanente, porque “una vez producida la consumación, la acción típica continúa realizándose ininterrumpidamente hasta que deja de utilizarse al menor o incapaz en la mendicidad”¹⁶².

La segunda variante es la referida al préstamo. La acción de prestar reside en “poner la persona del menor o incapaz en poder de un tercero, de modo que este pueda entonces disponer de aquellos, sea para utilizarlos en la mendicidad, sea para insertarlos en los circuitos de préstamo de menores o incapaces con tal fin.”¹⁶³ Como sostiene Martínez García, se hace referencia además de la cosificación del menor o incapaz, “a la entrega con carácter temporal que se hace del menor o incapaz por quien tiene sobre él una posición de garante, de ahí que pueda utilizar un acto de disposición, aunque no sea de carácter definitivo, como es el prestar”¹⁶⁴.

El préstamo puede implicar un abandono de familia o entrega indebida de menor o incapaz, en el caso de que el préstamo constituya por parte del titular una renuncia, no delegación, de la guarda personal, o un traspaso

¹⁵⁹ STS nº 1731/2000 de 10 de noviembre.

¹⁶⁰ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 728.

¹⁶¹ SAP Barcelona nº 927/2004 de 29 de septiembre, Sección 10ª.

¹⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 156.

¹⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 157.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. op. Cit. P. 905.

irregular de la titularidad o su delegación, por parte de los delegados de la misma. Pero cabe imaginar, que los titulares o delegados de la guarda continúen ejerciendo la guarda personal o solo la deleguen, o subdeleguen de forma autorizada algún cometido. La doctrina mayoritaria considera que el préstamo requiere el acuerdo de reintegrar al menor o incapaz al ámbito de guarda de origen, pero para Díez Ripollés esto es demasiado estricto.

Estaremos ante el préstamo con independencia de que exista contraprestación, directa o indirecta. Díez Ripollés considera que basta un comportamiento ocasional. Pero otra parte de la doctrina exige que no haya contraprestación directa ni reincidencia.

Es posible realizar el tipo en comisión por omisión, y al igual que en la modalidad de utilización, es necesario que la conducta tenga magnitud suficiente.

El resultado de peligro exigible se provoca cuando “el menor o incapaz caigan dentro del radio de acción de las prácticas mendicantes, sea porque el prestatario se dispone a hacerles ejercer la mendicidad, sea porque entran efectivamente en los circuitos de préstamo de menores o incapaces para mendigar”¹⁶⁵.

Como ha señalado Roca Agapito, “mientras utilizar supone que los menores o incapaces ya experimentan la lesión del bien jurídico protegido, prestar viene a significar una puesta en peligro concreto del mismo”¹⁶⁶.

En cuanto al tipo subjetivo, hay diferencias entre las dos variantes. La modalidad de “utilizar” requiere un dolo que se prolongue desde la instrumentalización del menor o incapaz hasta el efectivo ejercicio de la mendicidad por los mismos. No es necesario ningún elemento subjetivo.

La modalidad de “prestar” exige que el dolo incluya la conducta de préstamo y la introducción del menor en el radio de influencia de las prácticas mendicantes. En este caso sí se requiere un elemento subjetivo de lo injusto adicional, que la intención de poner en peligro al menor o incapaz esté promovida por la intención de que los sujetos mendiguen.

¹⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 158.

¹⁶⁶ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 728.

En ninguna de las dos variantes, “utilización” y “préstamo” se exige que en el sujeto activo se dé el ánimo de lucro¹⁶⁷, aunque este estará presente habitualmente.

Pueden darse errores de tipo relativos a la edad o incapacidad de las víctimas, aunque es difícil estar ante este supuesto si los sujetos activos son los titulares de la guarda personal.

En cuanto a las causas de justificación hay que destacar el estado de necesidad, si los titulares de la guarda utilizan o prestan al menor o incapaz por concurrir una situación de indigencia extrema, para sufragar sus necesidades. Hay que comprobar que existe esa situación de necesidad y que no hay un medio más idóneo para combatir esta situación.

El consentimiento de las víctimas no es relevante¹⁶⁸, sin que pueda otorgarse un efecto atenuatorio en el caso del consentimiento de menores o incapaces de más de doce años o suficiente sensatez.

En cuanto al parentesco como agravante de lo injusto, Díez Ripollés considera que “procederá su aplicación si tal calidad del sujeto activo está presente en un contexto típico alejado del estado de necesidad en su vertiente completa o incompleta”¹⁶⁹.

En relación con la culpabilidad, pueden darse errores de prohibición sobre todo en ciertos colectivos que reiteradamente se dedican a estas actividades.

Podrá observarse “la agravación de precio, recompensa o promesa en la medida en que no se tenga en cuenta para dar lugar al tipo agravado de tráfico del art. 232.2”¹⁷⁰.

La consumación en la modalidad de “utilización” se dará cuando se lleve a cabo la efectiva práctica de la mendicidad con independencia de la obtención

¹⁶⁷ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 334.

¹⁶⁸ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 334.

¹⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 160.

¹⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 161.

de dádiva, y en la modalidad de “préstamo” se consumará cuando el menor o incapaz se haya introducido en el radio de acción de las prácticas mendicantes.

Puede haber formas imperfectas, en la “utilización” como tentativa acabada si no llega a efectuarse la mendicidad, o tentativa inacabada si no se puede someter al menor o incapaz. Sobre las formas imperfectas en el “préstamo” “no pasará de la tentativa inacabada si la entrega del menor o incapaz no acaba de materializarse, ni de la tentativa acabada si el préstamo finalmente no supone la introducción del menor o incapaz en el ámbito de la mendicidad”¹⁷¹.

No se sancionan los actos preparatorios.

Prats Canut considera que en todo caso este delito provoca “consecuencias inevitables derivadas de situaciones de pobreza en el seno de sociedades opulentas, en donde la corrección de las mismas parece más propia de otros instrumentos de actuación que el que corresponde al Derecho penal.”¹⁷²

En el segundo apartado del art. 232 se recoge el tipo agravado, que al igual que el primer apartado recoge una estructura alternativa pero con tres variantes, siendo la segunda una nueva estructura alternativa, aludiéndose a “conductas de tráfico, de empleo de violencia o intimidación, y de administración de sustancia perjudiciales para la salud”¹⁷³.

Todas las modalidades agravadas deben realizarse para los fines del apartado anterior. Parte de la doctrina considera que ello se refiere a practicar la mendicidad¹⁷⁴, para Díez Ripollés “parece más adecuado considerar, a partir de la expresión plural utilizada y, sobre todo, de la pertinente subordinación de las conductas del tipo agravado a las del tipo básico, que la referencia se hace a las actividades de utilizar y prestar al menor o incapaz, sin perjuicio de que éstas a su vez den lugar o pretendan la práctica de la mendicidad”¹⁷⁵.

¹⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 161.

¹⁷² PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 581.

¹⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 162.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 317.

¹⁷⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 162.

La agravación del tráfico se refiere a “una utilización o préstamo enmarcadas en una actividad mercantilmente organizada, lo que supone la búsqueda de beneficios económicos a través de una estructura organizativa destinada a su obtención de un modo no ocasional”¹⁷⁶. Por ello se aumenta el desvalor de la acción, debido a la excesiva instrumentalización del menor o incapaz¹⁷⁷. No es necesaria para su apreciación una reincidencia de conductas o que se haya afectado a una diversidad de víctimas.

Se exige que esté presente el ánimo de lucro, con independencia de que no se requiera un beneficio económico. Pero se exigen otros requisitos, porque sus elementos tienen carácter acumulativo.

La agravación se ve justificada por “la acentuación de la instrumentalización del menor o incapaz que se produce, dado que su integración en tales redes organizadas potencia los efectos desestructuradores de su formación e inserción social, además de dificultar su salida del ámbito de la mendicidad”¹⁷⁸.

Sin embargo, no fundamenta la agravación la existencia de un beneficio económico, o que este se vea incrementado, aunque sí puntualiza el concepto del tráfico. Este último, el tráfico, aparece con facilidad en la modalidad de “prestar”, existiendo quienes afirman que solo converge en esta variante¹⁷⁹. Para Díez Ripollés puede aparecer también en la modalidad de “utilizar”, sobre todo si estamos ante redes de menores que practican la mendicidad.

La segunda agravación es la referida al empleo de violencia o intimidación, dos medios que utiliza el sujeto activo para romper las resistencias actuales o posibles que el menor emplea para impedir su instrumentalización para la mendicidad.

La utilización de la expresión “con ellos” alude a que la violencia e intimidación se tienen que practicar sobre el menor o incapaz, pero no impide dejar a un lado los casos en que la violencia se ejercita de modo directo sobre

¹⁷⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 162.

¹⁷⁷ POLAINO NAVARRETE, M. op. Cit. p. 304.

¹⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 163.

¹⁷⁹ Véase Prats Canut de forma explícita. PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 582.

un tercero, o las amenazas que recaen sobre personas cercanas del amenazado cuando inciden sobre las decisiones del menor o incapaz.

Sin embargo, quedan descartados los supuestos en que la violencia o intimidación no se dirija al menor o incapaz y cuando estos no tienen libertad de obrar, ya sea por su pequeña edad o carencias psicológicas.

Las dos modalidades alternativas de la agravación “son susceptibles de aparición en conexión con cualquiera de las modalidades básicas, introduciendo en ambos casos una estructura intercurrente de resultado material. El carácter de delito permanente de la modalidad básica de “utilizar” permite aceptar que estos medios comisivos entren en juego en ella tras la consumación del delito”¹⁸⁰.

La tercera agravación es la relativa al suministro de sustancias perjudiciales para la salud del menor o incapaz, que tienen su justificación en la frecuencia de la utilización de las mismas para que los menores o incapaces no se opongan a la práctica de la mendicidad, o mantenerles en una situación de desinterés o incluso para que no molesten.

Esto aumenta el contenido de lo injusto ya que resulta peligroso para la salud del menor o incapaz.

Sustancia se define como “cualquier elemento natural o producto artificial cuya administración al menor o incapaz pueda producirle efectos osmáticos o psíquicos que faciliten su utilización o préstamo para mendigar. No se precisa aun cuando será lo más frecuente, que se trate de drogas, legales o ilegales, o medicamentos”¹⁸¹.

Además, debe de ser peligroso para la salud.

Lo nocivo de la sustancia debe concretarse según las condiciones personales del menor o incapaz, y no puede excluir la dañosidad por la inocuidad para una persona adulta o menores o incapaces con otras condiciones distintas a los afectados.

¹⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 164.

¹⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 165.

La conducta concreta de la agravación reside en “su efectiva administración, de forma directa o a través de la cooperación de las víctimas o de terceros, sin que sea suficiente con la mera puesta a disposición del menor o incapaz de la sustancia”¹⁸².

Muñoz Conde señala que el suministro de estas sustancias “constituye un delito de peligro para la salud del menor, ya que no se exige que el perjuicio se haya producido efectivamente”¹⁸³.

La administración se tiene que llevar a cabo de modo que crea, sostenga o aumente la idoneidad de la sustancia para provocar efectos perjudiciales para la salud del menor o incapaz, aunque no sea necesario que con ese daño se produzca un peligro concreto de su producción. Es suficiente con “la peligrosidad del medio comisivo, secundada por la de la sustancia en sí misma, la cual se incardina en la estructura típica de las conductas básicas”¹⁸⁴. Así también lo considera Prats Canut, que no es necesario que se provoque un daño a la salud¹⁸⁵.

Esta modalidad puede aparecer en la conducta de “utilizar” tras consumarse el delito, debido al carácter de delito permanente de la variante de “utilizar”.

Si con estos ataques a otros bienes jurídicos se comete otro delito, “se trataría de un supuesto de concurso de delitos entre el delito de abandono de familia por utilizar menores o incapaces para practicar la mendicidad y una posible detención ilegal, un delito de lesiones o un delito contra la salud pública”¹⁸⁶.

En cuanto al tipo subjetivo de las variantes agravadas, será el de las conductas básicas a las que se refieran. Solo en la modalidad de “tráfico” tiene especificaciones en cuanto a su tipo subjetivo porque incorpora el ánimo de lucro y es difícil imaginar que se cometa con dolo eventual.

¹⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 166.

¹⁸³ MUÑOZ CONDE, F., op.cit., p. 318.

¹⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 166.

¹⁸⁵ PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 582.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, A.S. op. Cit. P. 907.

En cuanto a las causas de justificación, el estado de necesidad es complicado apreciarlo a medida que aumenta el injusto específico por la agravación, sobre todo en la variante de tráfico.

4. CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

4.1. ART.228

El artículo 228 incorpora la denuncia como condición de perseguibilidad para todos los delitos de abandono de familia, incluyendo el impago de pensiones, disponiendo lo siguiente:

“Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal”.

Sin embargo, esto no siempre ha sido así. Con la reforma del Código penal de 1963, se configuró el abandono de familia como un delito semipúblico, por lo tanto, requería la denuncia de la persona perjudicada o de su representante legal. Esta condición de perseguibilidad no se introdujo en el delito de impago de pensiones, incorporado al Código en 1989.

Las consecuencias del actual art. 228 son menos extensas de lo que pueden parecer. El artículo permite de forma expresa la intervención del Ministerio Fiscal al interponer la denuncia siempre que la persona afectada sea menor de edad, incapaz o una persona desamparada. Esto se observa “en la mayoría de los casos de hijos beneficiarios de alguna de las pensiones del art. 227 e íntegramente en la primera modalidad típica del art. 226 –incumplimiento de los deberes asistenciales relativos a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar-, cuyas víctimas siempre serán menores o incapaces”¹⁸⁷.

Entre los afectados mayores de edad hay muchos casos de personas desvalidas, sobre todo en la falta de prestación de la asistencia necesaria para el sustento del art. 226, la verdadera trascendencia práctica de esta condición

¹⁸⁷ LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1306.

de procedibilidad queda mermada, y no supone la renuncia por parte del Estado para tutelar los derechos de la personalidad de los perjudicados por estos delitos.

Así, “el requisito de la denuncia solo constituye un auténtico obstáculo para la persecución penal en el caso de incumplimientos de deberes familiares cuyas víctimas se encuentran plenamente capacitadas para tomar la iniciativa si se consideran gravemente afectadas por el impago”¹⁸⁸. En los demás casos, con independencia de la potestad que tiene el representante del menor o incapaz para interponer la denuncia, siempre está abierto el cauce de actuación directa del representante del Estado.

Como señala Roca Agapito, “se puede decir que los delitos de abandono de familia son delitos semipúblicos. Pero es que casi podrían calificarse de cuasi públicos, por lo menos en aquellos supuestos en los que el agravado fuese menor de edad, incapaz o persona mayor desvalida, pues también el Ministerio Fiscal podrá ejercer la acción penal mediante interposición de la correspondiente denuncia”¹⁸⁹.

Hay que destacar lo positivo de que el legislador no haya otorgado trascendencia al perdón del ofendido, evitándose así la denuncia en el ámbito familiar como medio coactivo para fortalecer la posición de una de las partes en un proceso civil, especialmente de separación o divorcio.

Como dispone la Audiencia Provincial de Madrid, hay que atender a que el hecho de retirar la denuncia no imposibilita la continuación del juicio ni la formulación de acusación por el Fiscal¹⁹⁰. Del mismo modo, si los hijos dejan de ser menores de edad, la madre no puede interponer la denuncia en su nombre¹⁹¹.

Cabe destacar que en estos delitos se observa con mayor intensidad el principio de intervención mínima del Derecho penal.¹⁹²

¹⁸⁸ LAURENZO COPELLO, P, “Del abandono...”, op.cit., p. 1307.

¹⁸⁹ ROCA AGAPITO, L. op. Cit., p. 723.

¹⁹⁰ SAP Madrid nº 964/2005 de 21 de octubre.

¹⁹¹ SAP Barcelona nº 271/2005 del 8 de marzo, SAP Madrid nº 460/2007 de 17 de julio.

¹⁹² PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 573.

4.2. ART. 233

El art. 233 contiene disposiciones comunes a los delitos de abandono de menores (arts. 229 a 232). En sus dos primeros puntos establece dos penas adicionales graves por su duración e imponen inhabilitaciones especiales, y en su tercer punto incluye una mención específica sobre las obligaciones del ministerio fiscal. Dispone lo siguiente:

“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 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.”

Su ámbito de aplicación se ve reducido a ciertos supuestos típicos en que se haya atacado la seguridad personal de los menores, pero no puede apreciarse cuando el agraviado sea un incapaz¹⁹³.

En su primer apartado se prevé la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar, pena que posee carácter facultativo.

En el precepto se alude a los “responsables de los delitos” anteriores como los receptores de la pena, lo cual hay que concretar. Como señala Díez Ripollés “su posible aplicación no se restringe a quienes hayan cometido el delito en el ejercicio de tales derechos-deberes, pues en ningún lugar del precepto se establece tal cosa y, por otro lado, el art. 46 del código deja bien claro que esta pena puede consistir, complementaria o exclusivamente, en la

¹⁹³ PRATS CANUT, J.M. op.cit. p. 585.

incapacidad para acceder al ejercicio de tales derechos-deberes durante el tiempo de la condena.”¹⁹⁴

Por tanto, si los que han consumado el delito son titulares de estos derechos-deberes pueden verse desposeídos de ellos e impedidos para recuperarlos durante la condena, los que hayan obrado por delegación de los anteriores o sin ella pueden ser condenados a no alcanzar estos derechos-deberes durante la condena.

Esta pena solo puede imponerse a, debido a su duración, a autores de estos delitos y a los partícipes equiparados punitivamente. Si a los cómplices se les impone esta pena será necesario rebajarla un grado, art. 63. Sin embargo, por su carácter potestativo, el juez puede aplicarla a algún partícipe pero no al autor.

En relación con el contenido de la inhabilitación, “se extiende a los ámbitos civiles más característicos del ejercicio de la guarda personal, como son los de la patria potestad, tutela, guarda y acogimiento. Incluye asimismo la curatela, pese a que las funciones de guarda personal que a través de ella se pueden ocasionalmente ejercer están limitadas a los incapaces, no incluidos en este precepto”¹⁹⁵. Sin embargo, no se incluyen otros derechos-deberes como el acogimiento residencial y el de la defensa judicial.

Se incluye en el precepto un criterio legal que el juez o tribunal utiliza para estimar la oportunidad de implantar esta pena, fundamentada en ocuparse de las circunstancias del menor. De este modo “se están poniendo en primer plano las necesidades de protección del menor, esto es, las repercusiones que sobre su custodia, crianza, educación y formación integran va a tener el privar a ciertas personas de la guarda personal sobre él”¹⁹⁶.

La pena tiene una finalidad preventiva-especial, inocuidador del delincuente, evitando que pueda decidir sobre el menor.

Como señala Carbonell Mateu, “son consecuencias jurídicas potestativas, de todo punto lógicas. No parece, desde ningún punto de vista,

¹⁹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 170.

¹⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 171.

¹⁹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 171.

adecuada la continuación en las relaciones de patria potestad ni en ninguna de las demás previstas”¹⁹⁷.

El art. 233.2 establece la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que requiere de forma previa que se haya concretado imponer la pena del art. 233.1, convirtiéndose a partir de ese momento en obligatoria cuando en el sujeto activo concorra la cualidad personal del art. 232.2. Por ello, es una pena obligatoria condicionada.

Es necesario que se trate de un funcionario público y que tenga la guarda del menor por el ejercicio de sus funciones públicas. Este último requisito se da en “los funcionarios que han de asumir la guarda personal de menores desamparados o que no pueden ser atendidos a tenor de las prescripciones del art. 172 del código civil –tanto directamente, como a través del posterior acogimiento residencial público, si se opta por tal alternativa-, pero también se cumplirá respecto de cualquier funcionario que por inmediata disposición legal o por decisión judicial deba asumir la guarda del menor en su condición de tal”¹⁹⁸. No será suficiente con que el funcionario haya tenido relación con el menor en el ejercicio de su profesión y haya obtenido su guarda por razones distintas al ejercicio de sus funciones públicas.

El propósito de la pena sigue siendo preventivo-especial inocuidadora, para evitar que el funcionario que ejerce un cargo público tenga que asumir guardas personales de menores.

El art. 233.3 contiene las obligaciones del ministerio fiscal para establecer medidas civiles de protección de los menores perjudicados por estos delitos.

Con la expresión “en todo caso” se evita que el ministerio fiscal solo pueda actuar si se ha impuesto la pena del art. 233.1, lo cual sucedería si se aplicase la disposición adicional segunda párrafo 2º del código. Sin embargo, esta disposición tiene carácter redundante, porque no añade nada nuevo a las

¹⁹⁷ CARBONELL MATEU, J.C., op.cit. p. 335.

¹⁹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 172.

obligaciones que posee el ministerio fiscal para la protección de menores establecidas en el código civil y en la ley 4/92 de juzgados de menores¹⁹⁹.

Destaca que no se haga referencia a los incapaces, aunque existen otros artículos del código que cubran esta laguna.

Se entiende por autoridad competente “no solo a la autoridad judicial sino igualmente a las entidades públicas administrativas encargadas de la protección de menores”²⁰⁰.

Al hablar de custodia y protección se refiere a las funciones propias de la guarda personal y de los bienes.

5. CONCLUSIONES

Los delitos de abandono de familia, menores e incapaces regulados en el Capítulo III del Título XII se han visto siempre claramente influenciados por la tradicional concepción de la familia, pero ha ido evolucionando a la par que lo ha hecho la sociedad. Es una cuestión muy controvertida en lo que se refiere al bien jurídico protegido, siendo necesario precisarlo en cada precepto porque no siempre es coincidente.

En el art. 226 se regula el abandono de familia en sentido estricto, cuando se incumplen los deberes de asistencia o sustento. Se observan aquí dos conductas, la relativa al incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar y la que alude al que deje de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de los descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados. Como se observa, lo que varía en cada conducta es la situación típica. Por tanto es un delito de omisión, un incumplimiento total y permanente de algún deber.

El art. 227 es el relativo al impago de pensiones, siendo el artículo que más problemas ha planteado. Ha suscitado muchas críticas por la posible

¹⁹⁹ Véase arts. 158, 172.1, 174, 228, 232, 248 y 299 bis del código civil y los arts. 15.5º, 8º y 11º de la ley 4/92 de juzgados de menores.

²⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Los delitos contra la seguridad...*, op.cit., p. 173.

introducción de un supuesto de prisión por deudas, posición que actualmente no se sostiene, y ha suscitado muchas dificultades, tanto en relación con el bien jurídico tutelado como por los problemas de periodicidad, ya que se han fijado en 2 mensualidades consecutivas o 4 no consecutivas. Las cuatro no consecutivas han acarreado inconvenientes, por la inseguridad que provocan, pero se ha resuelto en el sentido de que se tienen que dar en el plazo de 5 años o habrán prescrito según el art. 1996 CC.

Este artículo trata de evitar el impago de prestaciones económicas para los hijos, cónyuges o ex cónyuges, cuando exista una resolución judicial que la imponga. Hay que tener en cuenta que el deudor debe tener la solvencia necesaria para hacer frente a la pensión, y se han planteado dudas sobre la posibilidad de acudir a la vía indiciaria para probar la capacidad económica. También ha provocado dificultades si las cuotas insatisfechas forman o no parte de la responsabilidad civil derivada de la comisión del delito, considerándose en la actualidad que sí se incluyen, por el art. 227.3 CP.

En el art. 229 se regula el abandono propio, cometido por la persona encargada de la guarda del menor o incapaz, bien por personas que la tengan delegada de forma temporal en el tipo básico, o en el tipo agravado por quienes tienen la titularidad de esa guarda, de ahí que se agrave. En cuanto a la acción típica hay que atender al resultado de abandono que se produce, pudiendo ser la conducta tanto activa como omisiva, e introduciéndose conductas como la exposición de niños. En el apartado tercero de este precepto, se contempla un tipo agravado por producirse un resultado de peligro para otros bienes jurídicos.

En el art. 230 se regula el abandono temporal, es decir, un abandono no definitivo, que tenga fijado un límite de duración.

En el art. 231 se recogen las figuras de entrega indebida, es decir, cuando los titulares de los deberes de crianza y educación de los menores o incapaces los cedan a otra persona o institución para ejercer las funciones de guarda, siendo sujetos activos esas personas a quienes se les ha delegado el ejercicio de esas obligaciones. Si existe autorización de los titulares para la entrega se excluiría el tipo. En el apartado segundo se recoge el tipo agravado,

si se produce un peligro concreto para la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o incapaz.

El art. 232 es el relativo a la utilización y préstamo de menores o incapaces para la mendicidad. Por tanto se distingue entre, la utilización, ciertas actuaciones sobre el menor o incapaz que provoque que estos practiquen la mendicidad, y el préstamo, entregar a otra persona al menor o incapaz que conlleve que estos realicen prácticas mendicantes. Este delito es común, porque el sujeto activo puede serlo cualquiera, tanto los titulares de la patria potestad, tutela o guarda personal, como los delegados de forma temporal como los que tengan obligaciones familiares o hasta extraños.

Existen agravaciones en el apartado segundo, referido a las conductas de tráfico, empleo de violencia o intimidación y de administración de sustancias perjudiciales para la salud. Se exige en el tráfico el ánimo de lucro, y en la administración de sustancias perjudiciales es necesaria la efectiva administración.

Hay que tener presentes otros artículos. El 228 contempla la denuncia como condición de perseguibilidad para los delitos de abandono de familia, y el art. 233 contiene disposiciones comunes a estos delitos, contemplándose penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar, así como para empleo o cargo público. También se contienen obligaciones del ministerio fiscal para establecer medidas civiles de protección para los menores que pueden verse afectados.

Por tanto, todos estos artículos regulan una serie de delitos que considero de gran importancia ya que giran en torno a la protección de los sujetos más desvalidos y vulnerables de la sociedad, los menores e incapaces, velándose por su protección y por el cumplimiento de aquellos deberes que se tienen respecto a ellos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Carbonell Mateu, J.C. (2019): Derecho Penal Parte Especial. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Castiñeira Palau, M^a Teresa y Montaner Fernández, R., “Delitos contra las relaciones familiares” en Silva Sánchez, J.M. (Dir.) (2015): Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Atelier. Barcelona.

Díez Ripollés, J.L. (1999): Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Laurenzo Copello, P., “Del abandono de familia, menores e incapaces” en Díez Ripollés J.L. y Romeo Casabona C.M. (Coor.) (2004): Comentarios al Código Penal Parte Especial Vol. II. Tirant Lo Blanch. Valencia.

Laurenzo Copello, P. (2001): Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Martínez García, A.S. “De los delitos contra los derechos y deberes familiares” en Gómez Tomillo, M. (Dir.) (2011): Comentarios al Código Penal. Lex Nova. Valladolid.

Muñoz Conde, F (2019): Derecho Penal Parte Especial. Tirant Lo Blanch, Valencia.

Polaino Navarrete, M. (2010): Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Tecnos, Madrid.

Prats Canut, J.M., “Delitos contra las relaciones familiares” en Quintero Olivares, G. (2005): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Aranzadi S.A. Elcano (Navarra).

Roca Agapito, L. “Derechos y deberes familiares” en Álvarez García, J. (Dir.) (2011): Derecho Penal Español Parte Especial (I). Tirant Lo Blanch. Valencia.

Sanz Morán, A.J. “Aspectos penales de las crisis matrimoniales: una introducción”, en Guilarte Martín-Calero, C. (Coor.) (2009): Aspectos civiles y penales de las crisis matrimoniales. Lex Nova. Valladolid.

Torío López, A. (1981): “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Volumen 34, Fascículos II y III.

Relación de sentencias:

STS nº 1989/8488 de 28 de octubre.

STS nº 1731/2000 de 10 de noviembre.

STS nº 942/2003 de 30 de junio.

STS nº 1138/2003 de 12 de septiembre.

STS nº 1016/2006 de 25 de octubre.

STS nº 495/2010 de 24 de abril.

SAP Pontevedra de 6 de julio de 199.

SAP Murcia de 2 de febrero de 1998.

SAP Segovia nº 19/1998 de 17 de febrero.

SAP Gerona nº 2000/521 de 13 de enero.

SAP Barcelona nº 2000/1370 de 28 de enero.

SAP Madrid nº 2000/834 de 2 de febrero.

SAP Sevilla nº 2000/1311 de 17 de febrero.

SAP Barcelona nº 2000/68 de 23 de febrero.

SAP Madrid nº 2000/887 de 24 de marzo.

SAP Sevilla nº 2999/1120 de 5 de julio.

SAP Alicante nº 216/2002 de 30 de abril.

SAP Barcelona nº 927/2004 de 29 de septiembre.

SAP Barcelona nº 94/2005 de 10 de enero.

SAP Barcelona nº 271/2005 de 8 de marzo.

SAP Zaragoza nº 118/2005 de 14 de marzo.
SAP Murcia nº 37/2005 de 12 de mayo.
SAP Tarragona nº 839/2005 de 14 de octubre.
SAP Madrid nº 964/2005 de 21 de octubre.
SAP Madrid nº 326/2006 de 3 de abril.
SAP Madrid nº 460/2007 de 17 de julio.
SAP Murcia nº 126/2007 de 12 de noviembre.
SAP Madrid nº 16/2008 de 18 de enero.
SAP Vizcaya nº 136/2008 de 10 de marzo.
SAP Valladolid nº 119/2014 de 12 de marzo.
SAP Málaga nº 3/2017 de 26 de enero.
SAP Madrid nº 3/2018 de 9 de enero.