



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

ABANDONO DE FAMILIA, MENORES E INCAPACES

Presentado por:

Sara Fernández Hernáiz

Tutelado por:

Ángel José Sanz Morán

Valladolid, 22 de Junio de 2021

“El abandono es un barco a la deriva cargado de ausencias”

Valeria Sabater.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.
3. EL ABANDONO DE FAMILIA.
 - 3.1. El incumplimiento de los deberes legales de asistencia del art. 226 CP.
 - 3.2. El impago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente del art. 227 CP.
4. EL ABANDONO DE MENORES E INCAPACES.
 - 4.1. El abandono definitivo del art. 229 CP.
 - 4.2. El abandono temporal del art. 230 CP.
 - 4.3. El abandono impropio del art. 231 CP.
 - 4.4. La utilización o préstamo para mendicidad del art. 232 CP.
5. CONCLUSIONES.
6. BIBLIOGRAFÍA.
7. ANEXO.

RESUMEN

El abandono de familia, menores e incapaces comprende diversas modalidades y conductas tipificadas en el código penal, que mantienen una estrecha relación con el Derecho privado por desarrollarse tales conductas, principalmente, en un ámbito privado y familiar. La finalidad pretendida es poner solución a las diferentes situaciones delictivas que ocurren día tras día en el ámbito familiar con el fin último de proteger el bien jurídico del miembro de la familia, del menor o de las personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

ABSTRACT

The abandonment of family, minors and incapable includes various modalities and behaviors regulated in the criminal code, that maintain a close relationship with private law for developing such conducts, mainly, in a private and family environment. The proposed purpose is to find a solution to the different criminal situations that occur day after day that occur in the family environment with the ultimate purpose to protect the legal good of the family member, the minor or the disabled people in need of special protection.

PALABRAS CLAVE

Abandono, acogimiento familiar, deberes, delitos, derechos, familia, guarda, incapaz, menor, padres, patria potestad, peligro, persona discapacitada, protección, tutela.

KEY WORDS

Abandonment, foster care, duties, crimes, rights, family, guard, incapable, minor, parents, authority of father, danger, disabled person, protection, guardianship.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata de reflejar el estudio y el análisis detallado de unos concretos tipos delictivos referidos al abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Los tipos a los que nos referimos quedan enmarcados dentro del Título XII del código penal que trata los delitos contra las relaciones familiares, y se encuentra situado en el Capítulo III que recoge los delitos contra los derechos y deberes familiares, dedicando, finalmente, a su regulación legal su sección 3ª denominada: “Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección”.

La finalidad de dicho estudio y análisis radica en conocer los orígenes y evolución de estos delitos hasta contemplar la situación actual en la que nos encontramos, observar la reciente jurisprudencia en esta materia (la cual se menciona a lo largo del trabajo), conocer su concreta regulación legal (principalmente, dispuesta en los arts. 226 a 233 CP), y analizar las diversas posturas doctrinales que existen sobre algunos aspectos (como el bien jurídico protegido).

Durante el estudio de los tipos mencionados podemos diferenciar dos principales vertientes: por un lado, el abandono de familia; y, por otro lado, el abandono de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

El origen histórico del abandono de menores lo encontramos en el Derecho Romano, pues la “*expositio*” (exposición de niños) se castigaba ya en aquella época (de ahí viene el término castellano “expósito”). Sin embargo, el origen de nuestra regulación legal actual lo encontramos en la época de la codificación (siglo XIX), ya que se encontró reflejado por primera vez en el código penal de 1822 que conforma el núcleo de lo que se va a ir regulando posteriormente sobre la materia. Posteriormente, el código de 1848 será el que nos presente una estructura que regule los comportamientos propios del abandono de menores, estableciendo, además, la distinción entre: el abandono propio, caracterizado por presentar una víctima menor de 7 años de edad, con una cualificación para el caso de que el abandono pusiera en peligro la vida del menor; y el abandono impropio caracterizado por presentar una víctima menor de edad, pero siempre mayor de 7 años. Más tarde, los códigos penales de 1870 y de 1932 sólo aportarían una cualificación adicional al abandono propio para el caso de que finalmente muriese el menor. Sin embargo, en un periodo intermedio, el código de 1928, planteó una

dirección distinta respecto de la marcada hasta entonces. Pero, la entrada en vigor de la ley penal de 11 de mayo de 1942 y la autorización para incluir su contenido en el código penal de 1944 trajo consigo importantes modificaciones siguiendo de nuevo la línea del código de 1848. De esta manera, se estableció un abandono propio con tipo básico y tipo cualificado (dependiendo de quién fuera el sujeto activo), el abandono propio *honoris causa*, y la cualificación del abandono impropio por ocasionar un peligro para la salud y moralidad del menor. Esta situación se prolongó en el tiempo sin grandes variaciones hasta la reforma de 1989 cuando aparece el tipo de utilización y préstamo de menores para la práctica de la mendicidad.

El código penal actual (1995) mantiene en gran medida lo dispuesto en el viejo código, pero realizando algunas modificaciones como: extender la protección de todos los tipos delictivos en esta materia a los menores de 18 años de edad y a las personas discapacitadas, eliminar las modalidades atenuadas *honoris causa*, añadir el tipo de abandono propio temporal, homogeneizar los tipos cualificados de peligro concreto para el abandono propio y la entrega indebida (ya que se encuentran afectados los mismos bienes jurídicos en ambos casos), y suprimir el tipo cualificado por producción de muerte del menor o persona discapacitada en el abandono propio. Por último, se establece de manera general la privación de la patria potestad para todos los casos contemplados y se incorpora la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público cuando el delito sea cometido por un funcionario.

El abandono de familia (que no de menores) no encuentra su origen en la codificación, sino ya a principios del siglo XX por considerarse que los problemas familiares eran más propios del ámbito privado y debían quedar regulados por el Derecho privado sin la intromisión del Derecho penal. Así, la primera disposición legal que encontramos en España data de la fecha de 12 de marzo de 1942. El motivo de esta tipificación lo encontramos enmarcado en presencia de una España cristiana con un Estado católico que es incapaz de permitir que ocurran este tipo de conductas que afectan negativamente a las familias sin establecer un castigo por ello; esto fue expresado en un seminario realizado por Ferrer Sama, titulado *el delito de abandono de familia*¹, en los siguientes términos: “no era posible que España restauradora decidida de los principios

¹ Véase FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia: Discurso Leído En La Solemne Apertura Del Curso Académico De 1946-47*, Murcia, ed. Suc. De Norgués, 1946.

religiosos que inspiraron su legislación tradicional, siguiera formando apáticamente entre los Estados aún insensibles a males de tamaña gravedad...”. En este sentido, el alcance del abandono de familia en esta época era bastante amplio, e incluso llega a comprender el abandono moral. Posteriormente, con el código penal de 1995 se establece una regulación penal más completa de los tipos delictivos que constituyen el abandono de familia, que nos permite acudir a ella cuando se produzcan las conductas típicas en el ámbito familiar, ya que no pueden ser resueltas por el Derecho civil debido a su especial gravedad. No se pretenden moralizar las relaciones familiares ni proteger la familia en su conjunto (entendida en el sentido amplio de la palabra), sino de sancionar determinadas situaciones que se producen dentro del ámbito familiar y que son especialmente gravosas para los miembros familiares (sujetos pasivos) afectados.

Por último, simplemente indicar que el presente trabajo comprende en detalle todos los aspectos del abandono de familia, menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección comenzando con el estudio del bien jurídico protegido (y las diversas posturas doctrinales que respecto a él se mantienen), para centrarnos posteriormente en el abandono de familia que comprende básicamente el incumplimiento de los deberes legales de asistencia del art. 226 y el impago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente en el art. 227, y seguidamente analizar el abandono de menores e incapaces distribuido en cuatro partes: el abandono definitivo del art. 229, el abandono temporal del art. 230, el abandono impropio del art. 231, y la utilización o préstamo para mendicidad del art. 232.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es diferente en función del objeto que se ponga en peligro o sea lesionado como consecuencia de la conducta delictiva realizada, dependiendo de que se encuentre comprendida dentro del tipo básico o del tipo cualificado.

El bien jurídico protegido es un bien tutelado por el Estado, cuya necesidad de protección surge como consecuencia de la regulación de una conducta concreta que se encuentra tipificada como delito.

Antes de comenzar con el análisis de los distintos bienes jurídicos afectados (y, por tanto, protegidos) por estos delitos, me parece interesante analizar las posturas doctrinales defendidas en este campo por diversos autores. La postura mantenida por

Díez Ripollés² consiste en que en el abandono de familia, menores o incapaces, el bien jurídico protegido principal es la seguridad personal que engloba otros bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados (vida, salud, integridad física y libertad sexual) por realizar determinadas conductas que podríamos encajar dentro del tipo cualificado, y todo ello enmarcado en un ámbito delimitado como es el de la guarda personal conformado por los deberes de vigilancia, convivencia, alimentación, educación y formación integral³, y en un área de convivencia⁴. Díez Ripollés⁵ define la seguridad personal como: “el aseguramiento de una especial protección de determinados ciudadanos en ámbitos o circunstancias sociales que producen una especial vulnerabilidad”; y, para Muñoz Conde⁶ la seguridad personal es “la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona a ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que así lo necesite, o que, por lo menos, no va a ser puesta en peligro por esos familiares”.

Sin embargo, no todos los autores comparten esta idea. Así, un sector mayoritario⁷ considera que el verdadero bien jurídico protegido es la vida, la salud, la integridad física y la libertad sexual del sujeto pasivo. Mientras que otros autores⁸ consideran que

² Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 109.

³ En el supuesto del adulto incapaz se encuentra enfocada, principalmente, en ayudar a la adquisición y recuperación de su capacidad y favorecer la toma de decisiones por ellos mismos en el futuro. Véase el art. 228 de la nueva ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁴ “Más precisamente lo que se trata de garantizar es la seguridad de la que disfruta el menor o incapaz mientras se mantiene dentro del área de convivencia (art. 224) o en la medida en que es susceptible de reintegro a ella en todo momento (art. 223)”. Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 20.

⁵ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 16.

⁶ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 19.

⁷ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.110., quien incluye entre estos autores a formado por Cuello Calón, Camargo Hdez, Maqueda Abreu, Rodríguez Ramos, Díaz-Maroto Villarejo, Ceres Montes, Vaello Esquerdo, etc.

⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.110., quien incluye entre estos autores a formado por Quintano Ripollés, Tamarit Sumalla, López Garrido y García Arán.

el bien jurídico protegido se refiere a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela y guarda.

Pues bien, una vez que hemos conocido las distintas posturas doctrinales sobre el bien jurídico protegido, procedo a explicar nuestra propia percepción sobre el mismo. En el abandono de familia, menores e incapaces podemos destacar que hay determinados bienes jurídicos afectados que son comunes a los distintos tipos delictivos que abarca, como podrían ser los derivados de los derechos y deberes que conforman la institución familiar y la seguridad personal del sujeto pasivo; sin embargo, es necesario precisar qué diferentes bienes jurídicos más concretos se ven afectados en cada uno de los tipos, y, a su vez, dentro de cada tipo, podemos distinguir un bien jurídico inmediato (de carácter más bien supraindividual) y bienes jurídicos mediatos o indirectos (vida salud, etc.) de carácter individual.

Centrándonos en los tipos concretos, el art. 226 CP presenta como bien jurídico protegido de manera inmediata aquellos aspectos directamente derivados del deber de asistencia y sustento propio de las distintas instituciones familiares como son el cuidado, el alimento, la educación, la formación integral, etc.; y podemos considerar que los bienes jurídicos afectados de manera mediata son los elementos derivados de la ausencia de los bienes jurídicos inmediatos anteriormente nombrados, como la vida, la salud y la integridad física. El art. 227 CP nos permite indicar que los bienes jurídicos protegidos de forma inmediata son el derecho de alimentos y el derecho a la educación que se ven afectados por incumplir la conducta legalmente exigida de pagar una prestación económica en favor del sujeto pasivo; mientras que los bienes jurídicos protegidos mediatamente son aquellos aspectos afectados por la carencia de los alimentos o de la educación como son la vida, la salud y la integridad física. En los arts. 229 y 230 del CP podemos hablar en común de los bienes jurídicos afectados, ya que se trata de la misma conducta delictiva, una realizada de manera permanente (art. 229) y la otra realizada de manera temporal (art. 230), por lo que los bienes jurídicos protegidos de manera inmediata son los derivados de la falta de guarda y custodia propia de las instituciones familiares, y por tanto, el cuidado, el alimento, la educación, la formación integral, etc.; mientras que los bienes jurídicos mediatos protegidos son los derivados de las ausencias de los inmediatos, como son la vida, la salud, la integridad física y la libertad sexual. Y, por último, en los arts. 231 y 232 del CP, a pesar de tratarse de conductas delictivas distintas, podemos defender que los bienes jurídicos protegidos en

ambos casos son idénticos, así, el bien jurídico protegido de forma inmediata es, principalmente, el derecho del sujeto pasivo a permanecer en un ambiente familiar, derecho que no es respetado, porque en ambos preceptos se recoge la conducta por la que se extrae al menor o discapacitado de su ambiente familiar, ya sea para entregarlo a otro (art. 231) o para introducirlo en un ambiente de mendicidad inadecuado para su desarrollo (art. 232); y los bienes jurídicos protegidos de manera mediata son aquellos derivados de la lesión al bien jurídico protegido de manera inmediata como son la vida, la salud, la integridad física, y la libertad sexual.

3. EL ABANDONO DE FAMILIA

3.1. El incumplimiento de los deberes legales de asistencia del art. 226 CP

El artículo 226.1 CP dispone lo siguiente: “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”.

Los sujetos activos de los dos tipos delictivos que aquí vamos a ver son los titulares de la patria potestad, los tutores, los guardadores y los acogedores familiares (en el primer supuesto) y los padres, hijos y cónyuges (en el segundo supuesto). Y los sujetos pasivos son los menores e incapaces (en el primer supuesto) y los hijos, padres y cónyuges (en el segundo supuesto).

Carbonell Mateu⁹ considera que: “estamos ante lo que la doctrina denomina un delito de “omisión propia de garante”; esto es, un delito que se consuma por la insatisfacción de los derechos, o si se prefiere por el incumplimiento de los deberes que produce ésta, que, lógicamente, sólo puede ser realizada por aquél que es titular de los deberes de asistencia”.

El contenido de este precepto podemos dividirlo en dos partes: por un lado, una primera parte referida al incumplimiento del deber de prestar asistencia propio de las instituciones familiares, es decir, patria potestad, tutela, guarda y acogimiento familiar; y, por otro lado, una segunda parte que se refiere al incumplimiento del

⁹ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L., (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 330.

deber de prestar la asistencia de sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge, cuando éstos lo necesiten.

Respecto a la primera parte, conviene conocer brevemente las instituciones familiares a las que nos estamos refiriendo:

- ❖ La *patria potestad*. El civilista LaCruz Berdejo¹⁰ considera que: “la patria potestad no es un derecho subjetivo, sino un *officium* que genera una potestad que el Derecho positivo, conforme al natural, atribuye, con carácter indisponible, a los padres para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo”. Y, Rodríguez Marín¹¹ indica que: “la patria potestad es un conjunto de facultades otorgadas para el cumplimiento de las obligaciones y deberes que la ley impone a los progenitores, y que se ejercen en beneficio del hijo, en interés del menor, manifestada a través de la denominada responsabilidad parental”.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 17 de septiembre de 2010 define la patria potestad como: “el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos”. Y en la misma línea se encuentra el contenido de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de julio de 2012.

Por último, el artículo 39 de la Constitución Española hace referencia a esta figura en su apartado 3 cuando habla de: “obligación de los progenitores a prestar asistencia de todo orden a hijos e hijas dentro o fuera del matrimonio durante la minoría de edad y en los otros casos que legalmente proceda”.

Los deberes de asistencia que se han venido indicando se encuentran determinados en el art. 154 CC y básicamente son: cuidarlos, acompañarlos, alimentarlos, educarlos, formarlos íntegramente, representarlos y administrar sus bienes.

¹⁰ Véase LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. 4, Familia*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pp. 387.

¹¹ Véase RODRÍGUEZ MARÍN, C. en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 327.

Como indicó LaCruz Berdejo¹²: “no siempre tuvo la patria potestad el actual sentido altruista, ni estuvo polarizada por el interés del hijo”. Sin embargo, hoy en día, se deduce que la patria potestad se debe enfocar en mayor medida como una responsabilidad de los padres hacia los hijos que como un poder de éstos sobre los mismos; idea que queda perfectamente reflejada cuando en el art. 154 CC se emplean los términos “responsabilidad parental”.

- ❖ La *tutela*. LaCruz Berdejo¹³ considera que: “entre los órganos de guarda, la tutela es el que más genuina y ampliamente cumple la función genérica de suplir a la patria potestad. Así ha resultado siempre evidente en la tutela de los menores; y tras la reforma de la patria potestad que han hecho posible la prorrogada también en la de los incapacitados”. Y, Ruiz-Rico Ruiz-Morón¹⁴ indica que: “la tutela proporciona una protección equiparable a la que dispensa la patria potestad. No en vano está prevista para los menores de edad no emancipados y para los incapacitados judicialmente cuando la sentencia opta por tal régimen en atención al escaso grado de discernimiento del sujeto afectado”. “Como sustitutiva que es de la patria potestad, la tutela viene a cubrir las mismas funciones atribuidas a ésta: se extiende a la guarda de la persona y los bienes del tutelado, confiriendo al titular del cargo potestades de representación”.

La tutela es una figura cuya regulación actual la encontramos en el Libro I “De las personas”, Título X “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, Capítulo II “De la tutela”, en los arts. 222-285 CC; pero, su regulación se va a ver actualizada por la nueva ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que esta materia quedará regulada en el Libro I, Título IX “De la tutela y de la guarda de los menores”, Capítulo I “De la tutela”.

La tutela queda caracterizada porque las personas que quedan sujetas a esta figura son tanto los menores no emancipados en situación de desamparo, como

¹² Véase LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. 4, Familia*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pp. 387.

¹³ Véase LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. 4, Familia*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pp. 422.

¹⁴ Véase RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347.

los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, como dispone el art. 199 y las personas discapacitadas. Y las funciones principales que debe cumplir el tutor respecto al tutelado son las referidas a su cuidado y vigilancia, alimentación, educación, formación integral, inserción social, administrar su patrimonio diligentemente, informar a la autoridad y rendir cuentas y oír al menor con suficiente madurez antes de tomar decisiones que le puedan afectar, como se recoge en el art. 228 de la nueva ley.

- ❖ *La guarda y el acogimiento familiar.* La guarda puede ser de dos tipos: guarda de hecho y guarda administrativa (dentro de ésta se encuentra el acogimiento familiar).

Por un lado, Ruiz-Rico Ruiz-Morón¹⁵ establece que: “con la expresión guarda de hecho –apunta SERRANO ALONSO- se hace referencia a aquellas situaciones en las que una persona, sin designación legal o nombramiento judicial, asume por propia iniciativa la representación y defensa de un menor o incapaz”. Además, LaCruz Berdejo¹⁶ considera que: “la guarda de hecho no es un órgano tutelar de ninguna clase por cuanto, por definición, no es la ley la que lo establece; la ley, empero, no desconoce su posible existencia fáctica; por el contrario, lo toma en consideración en cuanto fuente de información sobre la situación del menor o presunto incapaz y de sus bienes, punto de partida para eventuales medidas de control y vigilancia. Reconoce validez a determinados actos del guardador, a quien atribuye derecho a ser indemnizado de los daños que le ocasione su gestión”.

La guarda de hecho se encuentra actualmente regulada en el Libro I “De las personas” Título X “De la tutela y de la guarda de los menores”, Capítulo V que trata “De la guarda de hecho”, arts. 303 a 313 CC; pero su regulación se va a ver actualizada por la nueva ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que esta materia quedará regulada en el Libro I, Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio

¹⁵ Véase RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 371.

¹⁶ Véase LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. 4, Familia*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pp. 420.

de su capacidad jurídica”, Capítulo III “De la guarda de hecho de las personas con discapacidad” (referido a las personas discapacitadas).

Por otro lado, Ruiz-Rico Ruiz-Morón¹⁷ indica que: “por guarda administrativa se entiende la que corresponde –sin tutela coetánea- a la entidad pública a la que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores, bien por propia iniciativa (guarda provisional), bien a solicitud de los padres o tutores que, por circunstancias graves, no pueden cuidar del menor, cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”. Y, LaCruz Berdejo¹⁸ indica que: “la guarda administrativa es una institución legal, solamente de guarda, atribuida en exclusiva a la Administración, sin perjuicio de que ésta pueda desempeñar la función a través de persona distinta y física, el director de la casa o establecimiento en que el menor es internado o la persona que lo recibe en acogimiento”.

El acogimiento familiar se encuentra dentro de ésta última modalidad de guarda administrativa. Rodríguez Marín¹⁹ define el acogimiento como: “una figura destinada a la protección de los menores e incapaces que carecen temporal o permanentemente de un ambiente familiar idóneo”. La STC de 20 de abril de 2002 define el acogimiento familiar como: “un negocio jurídico perteneciente al Derecho de Familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma, proponen celebrar a los acogedores, y, a los progenitores de los acogidos, para que aquellos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa a un niño, y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo que el negocio se mantiene vigente”.

La guarda administrativa se encuentra regulada actualmente en el Libro I “De las personas”, Título VII “De las relaciones paterno-filiales”, Capítulo V “De la adopción y otras formas de protección de menores”, Sección primera “De la guarda y acogimiento de menores”, que abarca los arts. 172 a 174 CC.

¹⁷ Véase RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 372.

¹⁸ Véase LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de derecho civil. 4, Familia*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pp. 419.

¹⁹ Véase RODRÍGUEZ MARÍN, C. en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 320.

Una vez conocidas las diferentes instituciones familiares mencionadas, conviene indicar que para que el delito se entienda cometido es necesario que el incumplimiento de los deberes que comprenden tales instituciones se dé de manera persistente²⁰ y no ocasional. Y, es necesario que se cumplan determinados requisitos (los cuales podemos deducir de varias sentencias, y, entre ellas, se encuentra la SAP-Castellón 295/2009, (cuyo ponente era Cuerda Arnau) que podemos enumerar de la forma siguiente: (1) que se produzca una situación en la que surja la necesidad de que el sujeto activo cumpla con los deberes inherentes a su condición institucional que le vincula con el sujeto pasivo; (2) que se incumplan de manera total y persistente dichos deberes, provocando con ello una situación de peligro para el bien jurídico del sujeto pasivo; (3) que el sujeto activo tuviera la capacidad suficiente para actuar y evitar tal peligro y no lo hiciera, siendo plenamente consciente de ello de manera que su omisión quede injustificada.

Y, respecto a la segunda parte, consistente en el incumplimiento del deber de prestar la asistencia de sustento a descendientes, ascendientes o cónyuge, cuando éstos lo necesiten, nos estamos refiriendo a todos los deberes relativos a la atención y cuidado del sujeto pasivo.

Rodríguez Núñez²¹ indica que: “el término “sustento” debe ser interpretado en el sentido de los “alimentos” del art. 142 CC (sustento, habitación, vestido y asistencia médica)”.

Así, la STS 121/2014, de 19 de febrero de 2014, consideró que el hecho de no llevar a cabo las actuaciones correspondientes por la condenada encajaba dentro del tipo indicado por no cumplir con los deberes propios del tutor (regulados en el actual art. 269 del CC y futuro art. 228 de la nueva ley). La situación era la siguiente: una mujer era esposa y tutora simultáneamente de su marido que sufría un 95% de minusvalía a causa de un accidente, por lo que se encargó de administrar sus bienes de manera ilícita, no informando al Juzgado de ello, ni promovió la recuperación de la capacidad de su marido tutelado ni su inserción social, tampoco se le hizo

²⁰ “No se trata de criminalizar el mero incumplimiento de obligaciones civiles, requiriéndose un incumplimiento permanente y continuo, persistente y duradero, no esporádico o transitorio, ni intermitente o moroso”. STS 121/2014, de 19 de febrero de 2014, ponente Granados Pérez.

²¹ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, C. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho penal*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 299.

entrega, por parte de ésta, de los materiales necesarios para poder asearse, ni pagó las cuotas correspondientes, además de no realizar ninguna visita y ser prácticamente imposible comunicarse con ella.

En relación con ambas partes, Cortés Bechiarelli²² indica que: “este tipo puede cometerse constante la unión familiar, o desaparecida ésta, sobre todo respecto a los hijos, ya que esta clase de deberes trae causa de la relación filial registralmente determinada, aunque uno de los progenitores no quiera saber nada de su descendencia”. Y, Rodríguez Núñez²³ señala que: “el art. 92 CC regula que “la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” y, en los arts. 67 y 68 CC, que deben socorrerse y ayudarse mutuamente así como actuar en interés de la familia”. Sin embargo, esta misma autora²⁴ indica que: “en cuanto a la mención específica del “cónyuge”, unido en legal y reconocido matrimonio, se descarta la pareja separada o divorciada, que puede tener derecho a una pensión cuyo impago será solventado en aplicación del art. 227 CP previsto para esos casos concretos”.

El art. 226.2 dispone lo siguiente: “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”. Lo que viene a significar que por el hecho de incurrir en este delito, el Juez puede determinar imponer una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos inherentes a las distintas instituciones familiares.

3.2. El impago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente del art. 227 CP

El artículo. 227 CP establece en sus apartados 1 y 2 que:

“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

²² Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 400.

²³ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 296.

²⁴ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 300.

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.”

Los sujetos activos en este concreto tipo delictivo son el cónyuge y los padres. Y los sujetos pasivos son, lógicamente, el cónyuge y los hijos.

El delito de impago de pensiones se introdujo en el código penal en el año 1989 con la finalidad de obtener el pago, de manera asegurada, de las cuantías económicas determinadas judicialmente en favor de los hijos o cónyuge en el supuesto de que existiera una situación de crisis matrimonial.

Nos encontramos ante un delito de omisión pura²⁵ por concurrir en el tipo los elementos propios de esta clase de delitos, siendo estos: (1) que se produzca la situación típica conformada por la obligación de pagar una prestación económica a favor del cónyuge o de los hijos, establecida en un convenio aprobado judicialmente o en una resolución judicial, en los casos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de los hijos; (2) que se tenga la capacidad económica suficiente para asumir tal obligación; (3) que no se realice el pago dentro de los plazos establecidos en la ley, y de manera intencionada.

La obligación de pago existe independientemente de que el patrimonio de los beneficiarios sea elevado o bajo, incluso aunque sea mayor con respecto al del sujeto pasivo, ya que, como indica Rodríguez Núñez²⁶: “no se exige que el beneficiario se encuentre en situación de necesidad”.

Las cuestiones más relevantes en esta materia son, principalmente, las relacionadas, por un lado, con la capacidad de acción, y, por otro lado, con la carga de la prueba de tal capacidad.

Se ha venido discutiendo si la incapacidad de acción (*impossibilia nemo tenetur*) es atípica o se trata de una causa de justificación del impago. Pues bien, la capacidad

²⁵ ATS 1161/2014; ponente Colmenero Menéndez de Luarca.

²⁶ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 302.

de acción es un claro elemento del tipo²⁷ por encontrarnos ante un delito de omisión propia, por lo que podemos determinar que la incapacidad de acción o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de pagar la prestación económica por el sujeto activo, por no contar con los recursos económicos suficientes para ello, supone que nos encontremos ante una conducta atípica por no concurrir el elemento del tipo objetivo.

Sin embargo, existe jurisprudencia al respecto que no mantiene la misma postura de atipicidad (que nosotros defendemos) por tratarse de un elemento del tipo, sino mediante la vinculación de la incapacidad de acción con la ausencia de dolo de incumplimiento. Pues bien, esta jurisprudencia manifiesta que la voluntad dolosa es inexistente en los casos en los que el sujeto pasivo no cuenta con los recursos económicos suficientes para cumplir la obligación judicial impuesta (entiendo que por no tener la posibilidad de decidir si emplea tales recursos o no en dicho cumplimiento por carecer de ellos); esta idea es expresada en la SAP-Cáceres 207/2015, ponente Gómez Flores, en los siguientes términos: “del mismo modo, se entiende que la voluntariedad propia de este dolo resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida”.

El hecho de imponer el pago de una prestación económica que el sujeto no puede asumir desde un primer momento por no tener capacidad para ello supondría que el delito pasaría a convertirse en una “prisión por deudas”, hecho totalmente inconstitucional y contrario al art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966²⁸, que indica que: “nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

Diferente es la situación en la que no existe incapacidad de acción, pero sí dificultades para pagar, donde es necesario entrar a valorar el caso concreto y la proporción de la cuantía pagada en relación con el patrimonio del sujeto activo. Esto también es indicado por Marín de Espinosa Ceballos²⁹ cuando dice que: “El

²⁷ SAP-Córdoba 45/2015; ponente Degayón Rojo.

²⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado.

²⁹ Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 191.

incumplimiento parcial no siempre conduce a la atipicidad. Hay que estar, según la jurisprudencia, al caso concreto y analizar pormenorizadamente si el pago, sólo, de una parte de la pensión produce o no la lesión del bien jurídico, pues no se trata de una prisión por deudas, sino de una modalidad establecida conjunta o única.” Un ejemplo de este caso sería el de la SAP-Vizcaya 453/2009 (ponente Rodríguez Puente) que establece que: “teniendo en cuenta que el acusado una parte importante de dichos años ha estado en situación de desempleo con la consiguiente merma de los ingresos económicos percibidos, que las cantidades que abonó no resultaron ridículas o insignificantes y que en la propia sentencia recurrida se manifiesta que de la documentación aportada por la defensa se desprende que el acusado ha estado haciendo frente a diversas deudas contraídas durante el matrimonio, pago que evidentemente no se puede imputar al pago de la pensión establecida a favor de los hijos pero sí puede ser tenido en cuenta en orden a acreditar la situación económica del acusado y el elemento subjetivo del delito, ha de concluirse que en el presente caso no ha resultado debidamente acreditada en el apelante la voluntad de no pagar las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos”. Sin embargo, no son atípicos los incumplimientos parciales por discriminar en el pago a uno de los beneficiarios.

En los supuestos de incapacidad de acción podría proceder a revisarse el convenio y reducir la cuantía económica a pagar o proporcionar facilidades para el pago; ésta posibilidad la menciona Rodríguez Núñez³⁰ de la siguiente manera: “cuando se justifica un cambio en la situación de obligados y beneficiarios el convenio puede ser modificado a petición de una de las partes en sede civil”. Y únicamente en un supuesto concreto de ruina repentina podría aplicarse directamente el estado de necesidad del art. 20.5ª CP.

Finalmente, tampoco son supuestos atípicos aquellos en los que no existe capacidad de pago del sujeto activo realmente, pero esa situación ha sido provocada previamente por él mismo. La justificación de la atipicidad la podemos encontrar tanto en la intención de no pagar o ánimo de impago y en la *omissio libera in causa*, que impide la exoneración en aquellos supuestos de incapacidad de acción provocada por el sujeto activo que posteriormente omite la conducta debida.

³⁰ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 302.

En este sentido, podemos plantear la posible relación existente en la práctica entre el delito de impago de pensiones del art. 227 CP y el delito de alzamiento de bienes del art. 257 CP³¹. Los dos tipos presentan la característica común de la existencia de un derecho de crédito previo al incumplimiento del pago. Sin embargo, para cometer el delito de alzamiento de bienes no es necesario que tal derecho conste judicialmente en una sentencia y sea exigible, sino que basta tener el conocimiento de la existencia de la deuda, y, además, es necesario que exista una situación de insolvencia entendida como la apariencia³² de no tener capacidad patrimonial por parte del deudor para saldar las deudas con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC)³³. Pero, en el delito de impago de pensiones no se exige tal situación de insolvencia, pues es suficiente para cometer el tipo no realizar el pago de la prestación en las fechas establecidas en el convenio o en la resolución judicial. Por otro lado, el derecho de crédito se trata de proteger mediante la tipificación de ambas conductas, mientras que la seguridad y el bienestar de los beneficiarios sólo se tiene en cuenta en el impago de pensiones respecto al hijo o cónyuge y no en el alzamiento de bienes respecto a los acreedores.

Por todo ello, existe la posibilidad de que se dé un concurso de delitos entre ambos tipos (impago de prestaciones y alzamiento de bienes), pero siempre teniendo presente la causa exoneratoria de responsabilidad en el alzamiento de bienes regulada por el art. 268 CP, que exonera de responsabilidad penal (que no civil) a determinados familiares que convivan juntos (cónyuge, ascendientes, descendientes, y hermanos) o afines en primer grado, por cometer delitos patrimoniales entre sí, sin emplear violencia o intimidación ni abusar de la vulnerabilidad de la víctima.

³¹ Véase JOSHI JUBERT, U. “Protección penal de los acreedores” en CORCO Y BIDASOLO, M. (Coord.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *Derecho penal económico y de empresa: parte general y parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 485.

³² En el delito de alzamiento de bienes nos encontramos con una apariencia de insolvencia y con una insolvencia real provocada previamente, y no con una insolvencia real no provocada como en el supuesto atípico.

³³ “*Del incumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”. Véase el art. 1911 CC.

Es necesario indicar que con la entrada en vigor de la reforma LO 1/2015, de 30 de marzo, los incumplimientos de menor gravedad³⁴ del impago de prestaciones económicas pasan a ser sancionados como un ilícito civil aplicándose las sanciones que ha venido regulando el art. 776 LEC para este tipo de delitos desde el año 2000.

Por último, podemos establecer una relación entre el delito de impago de prestaciones del art. 227 CP y el delito de incumplimiento de deberes legales de asistencia del art. 226 CP. La clara diferencia que existe entre el delito de impago de prestaciones y el delito de incumplimiento de deberes legales de asistencia es que: por un lado, en el primero no presenta gran relevancia el patrimonio del sujeto pasivo, mientras que en el segundo se habla de “necesidad”; y, por otro lado, en el impago de prestaciones existe un convenio o una resolución judicial donde consta la obligación de pago, mientras que en el incumplimiento de deberes legales de asistencia no existe tal resolución judicial donde se haga constar la obligación de cumplir; y, por último, el delito de impago de prestaciones presenta un carácter temporal, ya que es necesario no abonar la cuantía establecida fuera de los plazos judicialmente establecidos para poder hablar de incumplimiento, pero, en cambio, para cometer el tipo del delito de incumplimiento de deberes legales de asistencia es necesario que las conductas que comprenden el abandono no se produzcan de manera puntual, sino permanente.

La carga de la prueba de la capacidad de acción le corresponde a la parte acusadora³⁵, que además de alegar lo acordado en el convenio o lo dispuesto en la resolución judicial y el incumplimiento del pago que se ha producido, es necesario aportar alguna prueba indiciaria³⁶. Esto da a entender Cortés Bechiarelli³⁷ cuando

³⁴ P. ej. dejar de pagar dichas prestaciones durante un mes o menos de tres meses de forma no consecutiva. Véase ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), SOLA RECHE, E. (Coord.) BALDOVA PASAMAR, M.Á. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Granada, ed. Comares, 2016, pp. 323.

³⁵ SAP-Córdoba 45/2015, ponente Degayón Rojo; SAP-Las Palmas 154/2012, ponente Alemán Almeida.

³⁶ Como podría ser la inactividad del obligado de cara a instar las modificaciones de la correspondiente resolución judicial que en su momento fijó o aprobó la pensión incumplida. Véase CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, ed. Atelier, 2018, pp. 216.

indica que: “habrá de probarse por ello que el autor tuvo conocimiento directo y completo de las condiciones del convenio que le compele al pago”.

Sin embargo, la jurisprudencia minoritaria³⁸ defiende la idea contraria y considera que es la parte acusada por el impago a quien le corresponde la carga de la prueba. En esta línea, en la SAP-Toledo 50/2015 (ponente Ocariz Azaustre) se indican tres posibles formas de probar la imposibilidad del pago: “a) bien de manera inmediata, recurriendo la resolución judicial en la que se ha fijado el importe de las pensiones mensuales a través de los recursos ordinarios (recurso de apelación); b) o bien mediatamente, tratando de modificar a posteriori (mediante el oportuno incidente de modificación de medidas) el montante de las expresiones pensiones periódicas por la aparición de nuevos hechos o circunstancias que no fueron tomadas en consideración al fijar su importe; c) o bien muy posteriormente, durante la sustanciación del proceso penal por un delito de abandono de familia por impago de pensiones, en cuyo seno cabe acreditar la concurrencia de nuevos hechos o circunstancias justificativas del impago de las pensiones, que suelen ser de aparición posterior al momento en que fue judicialmente redactada”. Y, en la misma línea se encuentra Rodríguez Núñez³⁹ cuando indica que: “corresponde al infractor probar la concurrencia de elementos que hayan modificado su capacidad de generar ingresos o el error sobre los que fueron tomados en cuenta para fijar la pensión”.

En esta materia, tiene relevancia la reciente STS 348/2020, de 25 de junio, de cuyos hechos se extrae que en el año 2012 se dictó una sentencia de divorcio entre el acusado Don Luis Andrés y la parte acusadora Doña Diana, donde se estableció la obligación del primero de pagar a la segunda la prestación de la pensión alimenticia a favor de los dos hijos menores de edad que tienen en común, y, además, se le impuso la obligación de pagar la mitad de la cuota hipotecaria. Don Luis Andrés incurrió en diversos impagos.

El art. 227 CP no distingue entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, ni entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio, sino que habla

³⁷ Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 403.

³⁸ SAP-Jaén 145/2004, ponente Requena Paredes; SAP-Madrid 1075/2013, ponente Lamela Díaz.

³⁹ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 303.

de: “cualquier tipo de prestación económica a 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”. Por ello, el TS considera que aquí debe quedar incluido el pago de la mitad de la cuota hipotecaria establecido en la resolución judicial, ya que entra dentro del concepto de “cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos”, y llega a la conclusión de que el pago de las cuotas hipotecarias queda integrado dentro del concepto de alimentos; esto es así, porque el derecho de uso de la vivienda que se atribuye a favor de los hijos busca la finalidad de que éstos tengan un cobijo o lugar donde vivir, quedando integrado dentro del art. 142 CC que considera alimentos: “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”.

Para terminar, el art. 227 CP dispone en su apartado 3 que: “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

Nos estamos refiriendo aquí a la responsabilidad civil derivada del delito, y el principal objeto de controversia en esta materia a lo largo del tiempo ha venido dado por el hecho de delimitar cuáles son las “cuantías adeudadas”, y para ello es necesario conocer, a su vez, qué periodo de tiempo se ha de tener en cuenta para contabilizar los impagos.

Si en algo estaba de acuerdo la mayoría de la jurisprudencia es que nos encontramos ante un delito de tracto sucesivo⁴⁰, ya que el delito se comete por la reiteración de omisiones en las fechas concretas establecidas para el pago, por lo que su comisión conlleva una pluralidad de omisiones.

El verdadero motivo histórico por el que se introdujo este apartado 3 del art. 227 en la reforma de 1995 fue tratar de resolver la cuestión controvertida ya planteada, ya que en la jurisprudencia previa (desde el año 1989 en que se incorporó este delito) había acuerdo en entender que la responsabilidad civil derivada del delito no comprendía las cantidades adeudadas, pues estas “preexisten” al delito, no

⁴⁰ Véase CASAS COBO, P.A. “Cuestiones prácticas y divergencias del Juzgado de lo Penal en relación con los Juzgados de Instrucción y la Audiencia Provincial”, en *Cuadernos Digitales de Formación nº 11*, 2014, pp. 16-22.

“derivan” de él, porque eran la verdadera causa del delito por sí mismas y no su consecuencia⁴¹.

Posteriormente, este criterio se puso en duda y se discutieron, por parte de las Audiencias Provinciales, distintos criterios a utilizar para determinar la cuantía económica debida a pagar en concepto de responsabilidad civil; entre los propuestos se encontraban: el criterio que comprendía el lapso de tiempo transcurrido desde el incumplimiento del pago hasta la interposición de la denuncia; el criterio que atendía al plazo transcurrido hasta que se dicta auto de procedimiento abreviado; el criterio que tenía en cuenta el plazo comprendido hasta la presentación del escrito de acusación con las conclusiones provisionales, o hasta el momento de elevar estas a definitivas; e, incluso el criterio que contemplaba el periodo de tiempo transcurrido hasta que se dicta la sentencia.

Finalmente, la reforma de 1995 trajo consigo una interpretación mayoritaria respecto a este aspecto consistente en entender que la responsabilidad civil derivada de este delito estaría conformada por la suma de las cuotas que se produzcan desde que se interpone la denuncia por impago hasta que se celebra el juicio, y no todas las demás pendientes con anterioridad a ese período⁴². Esto es, porque de no ser así, y de solicitar el pago de la totalidad de las cuotas adeudadas y pendientes con anterioridad, la jurisdicción penal se estaría convirtiendo en ejecutora de una sentencia civil incumplida o incluso llegar al absurdo de que la responsabilidad civil derivada del delito no terminara nunca en el caso de que el sujeto activo continuara incurriendo en el impago⁴³.

Por último, el plazo de prescripción para ejercitar la acción civil es de 15 años desde que se produjo el impago (art. 131.1 CP).

Respecto a esta materia tiene relevancia la reciente STS 346/2020 de 25 de junio, que conviene comentar. Los hechos probados nos relatan que la acusada, Doña

⁴¹ Véase COLAS, TURÉGANO, A. “Breve Reflexión” en RBD n°17, 2014, pp. 226.

⁴² “No creemos que con esta disposición se venga a recuperar la anacrónica prisión por deudas, entre otras razones porque no cabe la compensación de deudas para excluir la tipicidad por impago de pensiones, y porque tampoco resulta irrelevante la solvencia del deudor, pues la capacidad económica es un elemento de la estructura típica de este delito”. Véase ROCA AGAPITO, L. en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho Penal Español Parte Especial I*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 939.

⁴³ Véase COLAS TORÉGANO, A. “Breve Reflexión”, en RBD n°17, 2014, pp. 227.

Celia, contaba con la obligación, establecida en auto de pagar a Doña Brígida, madre de la hija menor de edad que tienen en común, una pensión por alimentos además de pagar los gastos relativos a su educación y los gastos extraordinarios que ésta generase. La acusada incurrió en numerosos impagos, y tampoco abonó la cuantía del colegio ni del logopeda.

El objeto a resolver en el recurso de casación consiste en determinar exactamente cuáles son las cuantías adeudadas que debe pagar Doña Celia en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, y, previamente, será necesario delimitar el período de tiempo a tener en cuenta para fijar la cantidad económica a asumir.

Finalmente, el TS considera que el período de tiempo a tener en cuenta para determinar la cuantía adeudada comprende desde la fecha de la denuncia hasta la fecha de celebración del juicio oral. Además, esto no ocasiona ninguna merma al derecho de defensa del acusado, porque éste puede defenderse perfectamente de la imputación de las cuotas que se incorporen a la pretensión acusatoria hasta la celebración del juicio oral; esto es defendido por la STS 302/2000, de 11 de diciembre, entre otras (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ22; 181/998, de 21 de julio, FJ3). Así, definitivamente, el TS en el Fundamento Jurídico Cuarto nos indica que: “por tanto, en este tipo de delitos de *“tracto sucesivo acumulativo”*, se puede producir la extensión de los hechos hasta el mismo momento del Juicio Oral, siempre que las acusaciones así lo recojan en sus conclusiones definitivas y el acusado se haya podido defender adecuadamente de tal acusación”.

Los delitos relativos al abandono de familia son perseguibles a instancia de parte de la víctima o de su representante legal, e incluso del Ministerio Fiscal cuando se trate de una víctima menor de edad, persona discapacitada o persona desvalida (art. 228 CP).

4. EL ABANDONO DE MENORES E INCAPACES

4.1. El abandono definitivo del art. 229 CP

El artículo 229 CP 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.”

“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.”

Como podemos apreciar, tanto en el primer párrafo como en el segundo hablamos de la misma conducta delictiva, pero cometida por sujetos activos distintos, ya que en el párrafo 1 se habla de “la persona encargada de su guarda”, mientras que en el párrafo 2 se nombra a “los padres, tutores o guardadores legales”.

Sin embargo, no por esta distinción de sujetos activos nos encontramos ante un delito de propia mano propio (en el primer caso) y un delito de propia mano impropio (en el segundo caso), como defienden algunos autores⁴⁴, sino que, como indican otros⁴⁵, nos encontramos en ambos casos ante un delito especial propio, ya que en las dos variantes se exige una cualidad personal en el sujeto activo que más tarde determinará si el acto cometido conllevará la comisión de una infracción mayor por el autor de un deber jurídico específico o no; por lo que la conducta del segundo párrafo simplemente exige que el sujeto activo ostente una cualidad

⁴⁴ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 120., quien incluye entre estos autores a Carbonell Mateu, González Cussac, González Cuéllar y Jaén Vallejo.

⁴⁵ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 119., quien incluye entre estos autores a Serrano Gómez, Landecho Molina, Quintano Ripollés y Díaz-Santos; postura que nosotros también defendemos.

personal expresiva de un deber jurídico específico más intenso con respecto a la conducta recogida en el primer párrafo.

Los sujetos activos de este tipo delictivo son: la persona encargada de la guarda, los padres, los tutores, y los guardadores legales (acogedores familiares y acogedores residenciales), e incluso, en determinadas circunstancias excepcionales, el defensor judicial y el curador⁴⁶.

El tipo básico (art. 229.1) se refiere a la persona encargada de la guarda que, en palabras de Díez Ripollés⁴⁷ son: “los delegados de los padres, tutores o 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 el la custodia”.

La STS 1138/2003, de 12 de septiembre (ponente Delgado García) indica que el sujeto encargado de la guarda puede ser: “cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia” de un menor o de una persona con discapacidad, incluyendo a “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”.

Éste mismo autor considera que: “no hay inconveniente en incluir también entre los sujetos activos a los subdelegados paternos, del tutor, o del guardador, que reciben en encargo de los delegados de padres, tutores o guardadores.” Sin embargo, algunos autores⁴⁸ muestran una postura contraria e indican que: “a estos sujetos no se les puede atribuir el carácter de guardadores de hecho, ya que su guarda no es susceptible de reconocimiento jurídico”.

Además, otros⁴⁹ incluían aquí a aquellas personas que han asumido la guarda material del menor o incapaz como resultado de su apoderamiento ilícito, ya que

⁴⁶ El defensor judicial y el curador son admitidos como guardadores legales de manera general (y poco cuidadosa) por autores como Prats Canut y Suárez González. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 120.

⁴⁷ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.122.

⁴⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.122., quien incluye entre estos autores a Cuello Calón y Camargo Hdez.

⁴⁹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.122., quien incluye entre estos autores a Polaino Navarrete y Ceres Montes.

consideraban que adquirirían un deber especial de “guarda temporal sin título propio y basada en un encargo implícito de los titulares”. En este sentido hay sentencias que admiten como sujeto activo al guardador de hecho que se convierte en tal de forma ilícita, por ejemplo, hay una curiosa STS de 25 de octubre de 2006, que condena (entre otros delitos) por abandono de niños, a quien sustrae un vehículo de motor aparcado y después se da cuenta de que en el asiento de atrás hay un niño de corta edad, posteriormente abandona el vehículo (y, por tanto, al niño).

Y, por último, sí se ha de incluir a los padres o tutores que no ostentan la guarda material del menor o incapaz, pero se les ha encomendado su cuidado temporal o cuando se han apoderado ilícitamente de ellos⁵⁰.

El tipo cualificado (art. 229.2) se refiere a los padres, tutores y guardadores legales. Díez Ripollés⁵¹ define a todos ellos: “Por *padres y tutores* habrá que entender a los así considerados en el código civil siempre que sean titulares, en el marco de la patria potestad o la tutela, del deber de custodia o guarda material de sus hijos o pupilos”. “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”.

Finalmente, el apartado 3 del art. 229 CP establece un tipo agravado aplicable a todos los sujetos activos mencionados (párrafo 1 y 2), sin distinción.

El sujeto pasivo es el menor de edad y la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

La figura de abandono a la que aquí nos referimos se refiere a que el menor o incapaz se sitúe fuera del ámbito de guarda material o custodia, ocasionando, como consecuencia, su vulnerabilidad; y ello de manera permanente en el tiempo.

⁵⁰ Éste es un supuesto muy poco frecuente en la práctica, ya que las personas privadas de la patria potestad o de la tutela no suelen tener la posibilidad de que se les atribuya la guarda material del menor o incapaz, ni si quiera temporalmente. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.122.

⁵¹ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.120.

Marín de Espinosa Ceballos⁵² indica que: “la conducta delictiva se concreta con la expresión: “el abandono”, que consiste en provocar una situación de desamparo para el menor”.

La misma autora continúa indicando que: “la situación de desamparo, que es un concepto normativo del tipo penal, contempla los supuestos en los que el niño queda privado de la necesaria asistencia moral y material, que inciden en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo (art. 172 CC).” Y, Rodríguez Núñez⁵³ trae a colación lo dispuesto en el art. 172 CC: “se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

La conducta del abandono se refiere, en palabras de Carbonell Mateu⁵⁴: “al abandono del menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o sea, “en privarle del cuidado necesario para su protección”. “La cesación o abandono de la custodia del menor o incapaz por parte de la persona encargada de la misma coloca a aquél en una situación de peligro”. “En realidad, lo que aquí se castiga es la ruptura de los vínculos que unen al menor o al incapaz con su entorno habitual, esto es, dejar o abandonar al menor a su suerte”.

También en relación con el abandono que estamos tratando, Rodríguez Núñez⁵⁵ establece que: “a diferencia del art. 226 CP, que castiga el abandono asistencial sin llegar a la situación de desamparo, en el art. 229 CP se castiga el abandono personal, de manera que el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección sometido a la guarda de una persona es privado de la asistencia de esta y dejado a su propia suerte, quedando en una situación tal que, según los casos, corre peligro abstracto o concreto su supervivencia (STS- Sala de lo Penal, Sección 1-de 12 de julio de 2011: analiza las diferentes situaciones que dan lugar a la calificación de los hechos por un artículo u otro)”.

⁵² Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 192.

⁵³ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 309.

⁵⁴ Véase CARBONELL MATEU, J.C. EN GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 332.

⁵⁵ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 309.

Marín de Espinosa Ceballos⁵⁶ concluye que: “en definitiva, el abandono existe, no sólo cuando se deja a un menor o incapacitado a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo, sino también cuando un menor (o incapacitado) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo ésta cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación extrema”.

Queda incluido dentro del tipo el hecho de que el sujeto activo se asegure de que no deja en una situación de vulnerabilidad o de peligro al menor o incapaz del que se desentiende; esto queda reflejado, cuando Carbonell Mateu⁵⁷ afirma que: “existirá delito a pesar de que el sujeto activo actúe con plena conciencia de mejorar la seguridad del menor”; ya que, sólo podría quedar excluido del delito cuando el sujeto activo entregue al sujeto pasivo, directa o indirectamente, a un tercero o a la autoridad judicial o administrativa. Por entrega directa se entiende la encomienda expresa de la guarda temporal del sujeto pasivo a terceros o a la autoridad judicial o administrativa, cuando éstos manifiesten su consentimiento y pongan a disposición de las instituciones asistenciales competentes de manera inmediata al menor o incapaz. Ésta idea es contemplada en el Auto AP La Rioja-Sección 1-de 9 de febrero de 2010 traída a colación por Rodríguez Núñez⁵⁸, que dice que: “a los padres que acuden a los servicios sociales en demanda de auxilio ante el comportamiento antisocial de sus hijos menores, pasando estos del control parental al control por los servicios sociales, no se les puede imputar el delito de abandono de menores”. La exclusión del tipo delictivo en ambos casos se debe a que no se produce la ruptura del ejercicio de la guarda material; sin perjuicio de que concurren otras figuras delictivas. Cosa distinta es que una persona asuma la guarda de un menor o incapaz desamparado, ya que, en ese caso, ya se ha producido el abandono y la consiguiente ruptura del ejercicio de custodia.

⁵⁶ Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 193.

⁵⁷ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 333.

⁵⁸ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 310.

El abandono se puede cometer mediante conductas activas u omisivas. Ésta idea también la contempla Rodríguez Núñez⁵⁹, al indicar que: “el abandono criminal implica una interrupción maliciosa, por acción u omisión, con consecuencias potencialmente graves, en los cuidados que el niño o la persona con discapacidad precisa”. Las conductas activas pueden ser: alejarse del sujeto pasivo o dejarle solo, trasladar al sujeto pasivo a un lugar distinto de aquél en el que se va a continuar ejerciendo la custodia (variante de la llamada “exposición de niños”), utilizar diversos medios (que pueden abarcar desde la violencia hasta la inducción) para provocar que el sujeto pasivo se aleje del ámbito de guarda por sí mismo, consentir que se haga cargo del sujeto pasivo personas a las que no se les ha delegado la guarda, etc. Y las conductas omisivas podrían ser: no evitar que el sujeto pasivo salga del área de guarda, no evitar que una persona a la que no se le ha delegado la guarda se haga cargo del sujeto pasivo, etc.

Como ya hemos indicado, el tipo delictivo que estamos tratando es el de abandono permanente del art. 229 CP, es decir, como dispone la STS 730/2011, de 12 de julio (ponente Soriano Soriano) traída a colación por Castiñeira Palou y Montaner Fernández⁶⁰, estamos ante un delito de abandono de: “carácter definitivo, permanente o, en general, de mayor riesgo, suponiendo un quebrantamiento absoluto del deber de guarda o custodia”.

Por lo que no se considerará que se ha cometido el delito de abandono permanente cuando el alejamiento del ámbito de guarda sea fácilmente superable por el sujeto pasivo, o sea fruto de un despiste de éste, o dure escasos minutos.

Por todo ello, será necesario atender a la edad y a la capacidad de las posibles víctimas y a las condiciones del ámbito en que se encuentran. Ésta idea encuentra su apoyo cuando Cortés Bechiarelli⁶¹ indica que: “lógicamente, el nivel de desprecio hacia esos deberes habrá de medirse en cada caso concreto, usando variables como la edad, el grado de discapacidad, o el número de trabajadores del centro asistencial, por citar

⁵⁹ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 310.

⁶⁰ Véase CASTIÑEIRA PALOU, M. T. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, ed. Atelier, 2018, pp. 218.

⁶¹ Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 404.

algunos casos”. También, lo explica Rodríguez Núñez⁶² de la siguiente manera: “es evidente que la gravedad del abandono está en relación directa con la edad o el grado de incapacidad del desamparado”.

Conviene establecer la distinción entre el delito de abandono de menores e incapaces del art. 229 CP y el delito de abandono de familia del art. 226 CP. Así, la STS 730/2011, de 12 de julio, nos indica que: “el abandono del art. 229 CP es aquél que supone un quebrantamiento absoluto del deber de custodia y una ruptura de la situación fáctica en la que se halla el menor bajo la vigilancia y cuidado de la persona encargada de su guarda. En cambio, el art. 226 CP es aplicable en aquellos casos de abandono material en los que un menor o persona con discapacidad no recibe las debidas atenciones por parte de quien tiene que cuidarlo, llegando a encontrarse en una situación extrema de desamparo y desprotección”. Un ejemplo es la STS 559/2009, de 27 de mayo (ponente Ramos Gancedo), de cuyos hechos se deduce que la madre de un niño de dos años de edad que se ha quemado la mano se limita a echarle pomada, y a llevarle al médico por dos ocasiones sin atender a la petición del facultativo de llevarlo a un centro hospitalario para su intervención quirúrgica, dejando a su cuidado (entre medias de ambas consultas médicas) a unos amigos. La Audiencia había condenado a la madre por un delito de abandono de menores (art. 229.2 CP); sin embargo, el TS casó la sentencia y la condenó por un delito de abandono de familia (art. 226 CP).

Por último, el apartado 3 del artículo 229 CP contiene un tipo agravado. Conviene indicar que, si como consecuencia de la situación de peligro para la vida, salud, etc.; del menor o del incapacitado se produce la muerte, lesiones o un delito sexual contra éstos, nos encontraremos ante un concurso de delitos; salvo que el abandono fuera un medio para cometer esos delitos, ya que quedaría consumido por el delito en cuestión de que se trate. Un ejemplo sería el dispuesto en el Auto del TS 920/2001 (ponente Delgado García), cuyos hechos se referían al abandono de un recién nacido por su madre entre los escombros de un descampado un día frío y lluvioso. El auto confirmó la decisión de la Audiencia de considerar que se había producido una tentativa de homicidio, indicando que: “el delito cometido no puede ser incardinado dentro del artículo 229.3º del Código Penal, por cuanto la conducta

⁶² Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.) *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 310.

enjuiciada va más allá de dejar a un menor en circunstancias que implique un cierto riesgo para su vida, según la previsión del último inciso del referido artículo”.

4.2. El abandono temporal del art. 230 CP

El artículo 230 del CP 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”.

Este precepto se refiere a un tipo atenuado o privilegiado con respecto a los tres supuestos contenidos en el art. 229 CP, porque recoge la figura del abandono temporal, es decir, se lleva a cabo la conducta delictiva de abandono que ya hemos visto en el precepto anterior pero con una duración no definitiva en el tiempo, y no de manera permanente. Dice Díez Ripollés⁶³ que: “un abandono se calificará como temporal en cuanto no sea 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” (entendemos que por quedar fuera del tipo). En esta línea de entendimiento del “abandono temporal no indeterminado y no definitivo” se encuentran algunos autores⁶⁴. Contraponen el abandono temporal al abandono definitivo otros⁶⁵. Y una parte de la doctrina⁶⁶ diferencia el abandono permanente del abandono temporal. Carbonell Mateu⁶⁷ aclara que: “la temporalidad no debe ser confundida con la instantaneidad: es necesario que exista un mínimo peligro para el bien jurídico”. Y, por último, Rodríguez Núñez⁶⁸ trae a colación lo dispuesto

⁶³ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 129.

⁶⁴ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 130., quien incluye entre estos autores a Polaino Navarrete y Díaz-Maroto Villarejo.

⁶⁵ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 130., quien incluye entre estos autores a Cuello Calón, Camargo Hdez., Serrano Gómez, Carbonell Mateu, González Cussac y Queralt Jiménez.

⁶⁶ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 130., quien incluye entre estos autores a Muñoz Conde y Díaz-Maroto Villarejo.

⁶⁷ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 334.

⁶⁸ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 314.

en una SAP Albacete-Sección2- de 19 de noviembre de 2007, e indica que: “el abandono debe durar un plazo de cierta entidad”.

Por lo tanto, en la línea que mantenemos, entendemos que el tipo del art. 230 se refiere a un abandono temporal ilimitado, no permanente y no definitivo, porque si concurren las características propias de este delito, se considerará abandono temporal independientemente de su duración; de manera que, su duración será breve si el menor cumple la mayoría de edad muy pronto o el incapacitado se vuelve capaz, y será prolongada si ocurre a la inversa, y la llegada de la situación que queda fuera del tipo tarda mucho en producirse. Sin embargo, hay autores⁶⁹ que, en la línea contraria, identifican la temporalidad con su escasa duración o que, en ocasiones, coincide la temporalidad con la escasa duración.

Además, hay una corriente doctrinal⁷⁰ que afirma que la temporalidad ha de determinarse a partir del dolo del autor (ej.: si tiene intención de volver pronto o no), aunque no deba ser el único criterio a tener en cuenta. Pues bien, teniendo en cuenta todas estas reflexiones, la STS 1016/2006, de 25 de octubre (ponente Martínez Arrieta), indica que: “el abandono temporal de menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección, castigado en el art. 230 CP, se produce en aquellos casos en los que, pese a existir tal abandono, el sujeto activo piensa volver junto al menor o persona con discapacidad”.

Un ejemplo de abandono temporal sería el Auto 429/2011 (ponente Otero Abrodos) dictado por la AP en el año 2011, por el que se desestima el sobreseimiento provisional y se determina la continuación de las actuaciones de investigación. Los hechos que se extraen nos relatan el supuesto en el que una madre se marcha de casa durante varias horas dejando a sus tres hijos menores de edad a cargo de una persona ebria, poniendo en peligro su vida, desarrollo afectivo, social y cognitivo.

⁶⁹ Identifica la temporalidad con su escasa duración Prats Canut. Defienden que coincide la temporalidad con la escasa duración Polaino Navarrete, Día-Maroto Villarejo, Carbonell Mateu, González Cussac, Ceres Montes y Queralt Jiménez. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 130.

⁷⁰ Véase Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 130., quien incluye entre estos autores a Polaino Navarrete, Díaz-Maroto Villarejo, Carbonell Mateu, González Cussac, Ceres Montes y Queralt Jiménez.

Otro ejemplo de abandono temporal lo encontramos en la STS 1772/2001, de 4 de octubre, que desestima el recurso interpuesto por las acusadas contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que las condena por un delito de abandono temporal del menor. Los hechos fueron los siguientes: el día 27 de enero de 1997 las acusadas Virginia y María Consuelo, salieron de casa dejando sólo a Jesús de 23 meses de edad, hijo de la primera, y hermano de la segunda. Posteriormente, los vecinos comunicaron a los funcionarios del Grupo de Atención al Ciudadano que Jesús se encontraba en el rellano de su casa (cuya puerta se encontraba abierta) con poca vestimenta, hambriento y sin asear, además de sufrir un riesgo de caída por las escaleras de la entrada. El menor fue trasladado al hospital y el doctor le diagnosticó como objeto de “maltrato infantil por omisión de cuidados”. Finalmente el Instituto del Menor de la Comunidad de Madrid declaró la situación de desamparo del menor, asumiendo su tutela la Comisión de Tutela del Menor.

Los errores de tipo se pueden producir tanto en el abandono permanente del art. 229 CP como en el abandono temporal del art. 230 CP. El error de tipo que se produce respecto al art. 229.1 (tipo básico) provoca la impunidad, ya que no se sanciona la imprudencia. Si el error de tipo se produce en relación al art. 229.2, debido a que el sujeto activo no conoce de su condición (algo difícil de ocurrir) se aplicará el tipo básico del art. 229.1. Y, en el caso de que el error de tipo se dé porque el sujeto activo cree que está cometiendo un delito de abandono temporal del art. 230, y realmente no es así, se aplicará el tipo atenuado, es decir, el mismo artículo, o, subsidiariamente, el tipo básico del art. 229.1.

En relación con la autoría, cabe la autoría inmediata cuando el tipo es llevado a cabo directamente por el sujeto activo. Cabe la coautoría cuando el delito es cometido por dos o más sujetos activos. El cooperador necesario es aquella persona que no cumple las características del sujeto activo, pero que colabora con él en la comisión del delito. La autoría mediata cabe cuando el sujeto activo no comete el tipo directamente y se vale de otra persona que no cumple con las cualidades propias del sujeto activo (*extraneus*) para cometer el delito. Por lo tanto, son partícipes los colaboradores necesarios, los inductores, y los cómplices.

También podemos contemplar aquí los dos tipos de tentativa: acabada e inacabada. La tentativa acabada se producirá cuando el sujeto activo ha llevado a cabo todos los actos necesarios para causar el resultado típico, pero no logra que el sujeto

pasivo se desubique o éste regresa de nuevo al área de guarda antes de que el abandono adquiera relevancia típica (ya sea por ellos mismos o con la ayuda de un tercero). Y la tentativa será inacabada cuando el sujeto activo no consigue llevar a cabo todos los actos necesarios para causar el resultado típico de abandono por causas ajenas a su voluntad. Y tampoco son punibles los actos preparatorios (ej.: preparar el equipaje para el viaje que va a ocasionar la ausencia del guardador del área de custodia).

4.3. El abandono impropio del art. 231 CP

El artículo 231 CP establece 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.”

El sujeto activo de este tipo es la persona que tiene a su cargo la crianza y educación del menor o incapaz.

Nos encontramos ante un delito especial propio⁷¹, ya que se trata de un delito que sólo puede ser cometido por aquellas personas que tengan tal cualidad (estar a cargo de la crianza y educación del menor o incapaz).

En palabras de Díez Ripollés⁷², debemos entender por crianza: “el conjunto de atenciones y cuidados vinculados al deber de guarda personal consistente en lo que genéricamente se entiende como procura de alimentos⁷³, el cual se extiende, cuando menos, a las medidas relativas al sustento, vestido y asistencia médica”. Y, la educación es: “el

⁷¹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.139.

⁷² Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.139.

⁷³ Simplemente indicar que el art. 142 del CC., también contempla dentro de la procura de alimentos, la habitación, la educación e instrucción del alimentista, y los gastos de embarazo y parto (cuando éstos no estén cubiertos). Véase art. 142 CC.

deber de guarda personal consistente en garantizar una educación y formación integral, extensiva al conjunto de aspectos culturales, profesionales y personales de ellas”.

En este sentido, existe alguna postura doctrinal⁷⁴ que tacha de inadecuada la utilización de los términos “crianza y educación” para cuando nos referimos a los incapaces mayores de edad, ya que considera que se trata de una violación del principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, dichas menciones, a nuestra consideración, no son de tal gravedad, ya que la palabra “crianza” la identificamos con la procura de alimentos regulada en el art. 142 del CC, que comprende todos los cuidados asistenciales y sanitarios que ellos necesiten; y el término “educación” abarca la formación integral entendida en sentido amplio, que tampoco es irrelevante para estos sujetos. Es cierto, que respecto a los incapaces mayores de edad, se podría llegar a echar en falta una mención (dentro del deber de educación) al deber de “promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad” como sí recoge el art. 269 CC en su apartado 3º en relación a la tutela⁷⁵.

Queda claro que los sujetos activos son las personas encargadas de la crianza y educación del menor o incapaz (como ya hemos indicado anteriormente). Por lo que, quedan lógicamente excluidos los sujetos que realizan el encargo, es decir, los padres, los tutores, y los guardadores legales, todos ellos titulares de tales deberes. Esto es así, a pesar de que los padres hayan sido privados, excluidos o suspendidos de la patria potestad, ya que seguirán siendo titulares del deber de alimento⁷⁶; y lo mismo ocurre con los demás parientes titulares de ese mismo derecho (alimentantes).

Pues bien, los sujetos activos encargados temporalmente de los mencionados deberes son los delegados paternos, de los tutores, y de los guardadores legales. Independientemente de que los padres no ostenten la titularidad de la patria potestad o la delegación haya sido llevada a cabo por los alimentantes; ello respecto al deber de alimentos. Pero, también, podrán ser delegados (y sujetos activos) los

⁷⁴ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.140., quien incluye entre estos autores a Polaino Navarrete.

⁷⁵ Véase el art. 228 de la nueva Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; que entrará en vigor próximamente.

⁷⁶ Véase arts. 110 y 111 CC.

padres excluidos de la patria potestad, y que, además, no ostentan la titularidad del deber de educación del sujeto pasivo y los tutores en situación similar; esto respecto al deber de educación.

El sujeto pasivo es el menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Y el tercero o establecimiento público que adquieren la guarda personal del menor o incapaz son impunes. En palabras de Díez Ripollés⁷⁷: “por tercero debe entenderse 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 propio⁷⁸”. Además, Rodríguez Núñez⁷⁹ indica que: “en la expresión “un tercero” se debe incluir tanto a las personas físicas como a los representantes de establecimientos privados que inexplicablemente no son citados de forma expresa como receptores de la persona abandonada”. Y, Díez Ripollés⁸⁰ entiende por establecimiento público: “aquellas instituciones obligadas por ministerio de la ley a la tutela o guarda de menores o incapaces desamparados⁸¹”.

La conducta delictiva que constituye el tipo consiste en un traspaso irregular, sin el consentimiento del titular de la guarda o de la autoridad, del ejercicio de la guarda personal, de la persona delegada que la venía ejerciendo hasta ese momento a un tercero o establecimiento público, que acepta dicho traspaso y ejerce la guarda sin solución de continuidad.

Rodríguez Núñez⁸² dispone que: “El art. 231 CP recoge un tipo de abandono impropio. Castiga al 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 entregue a un tercero o a un

⁷⁷ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.145.

⁷⁸ Véase art. 303 CC.

⁷⁹ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 314.

⁸⁰ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.146.

⁸¹ Véase art. 172 CC.

⁸² Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 314.

establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o, en su defecto, de la autoridad (art. 231.1 CP)”.Y en la misma línea se encuentra Marín de Espinosa Ceballos⁸³ que explica que: “el abandono impropio del art. 231 CP castiga al que teniendo a su cargo a un menor o incapacitado, lo entrega a un tercero o a un establecimiento público sin el consentimiento del que se lo hubiere confiado”. Cortés Bechiarelli⁸⁴ indica que: “se castiga la entrega a un tercero o establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado”. “Es preciso que no conste el consentimiento de quien confíe la crianza o educación al autor, lo que no evitaría su culpabilidad si es claramente desaconsejable para los bienes jurídicos de la víctima su nuevo destino de entrega”.

Y, Carbonell Mateu⁸⁵ establece que: “en el artículo 231 se contiene una subespecie del abandono de menores o incapaces caracterizado porque se deja a éstos en un lugar perfectamente conocido. Por ello, queda en mucho menor peligro la situación personal del menor o del incapaz, su identidad. Sin duda por eso, la pena es inferior a la prevista en los preceptos anteriores”.

Algunos autores⁸⁶ consideran que se produce un intervalo de abandono en el tiempo que transcurre desde que el delegado deja de cumplir con el encargo de crianza y educación hasta que estos deberes son asumidos y ejercidos por la persona (física o jurídica) receptora del menor o incapaz. Sin embargo, nosotros no consideramos que se produzca el abandono, ya que la guarda es asumida sin solución de continuidad, y no se cumplen los requisitos para pensar que nos encontramos ante un abandono, porque la conducta sancionada no comprende únicamente la ubicación de la víctima fuera del área de guarda, ni tampoco el tercero asume la guarda en contra de su voluntad, además, se presta una mayor relevancia a los deberes de crianza y de educación, mientras que en el delito de

⁸³ Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 193.

⁸⁴ Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 405.

⁸⁵ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 334.

⁸⁶ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.142., quien incluye entre estos autores a Polaino Navarrete.

abandono hay una mayor referencia a los deberes de vigilancia y convivencia⁸⁷, y, por último, en este delito, no pueden ser sujetos activos los titulares de la guarda personal, mientras que en el delito de abandono propio sí pueden serlo; esto mismo es defendido por otros autores⁸⁸.

La conducta delictiva que estamos tratando se puede llevar a cabo mediante dos actuaciones distintas: por un lado, los delegados continúan siéndolo, pero subdelegan determinadas funciones (que previamente se les ha encomendado) a otras personas o instituciones, sin el consentimiento de los titulares de la guarda o de su representante. Y, por otro lado, puede ocurrir que los delegados renuncien a su encargo y entreguen a los sujetos pasivos a otras personas o instituciones para que cumplan la función que ellos venían realizando, sin el consentimiento de los titulares de la guarda o de su representante.

El delito de abandono impropio o entrega indebida es un delito de resultado⁸⁹, ya que es necesario que se produzca la sustitución del área donde se venía ejerciendo la guarda personal hasta el momento de la entrega por otra distinta para que se califique como conducta delictiva propia de este tipo.

Sin embargo, el término “entrega” no impide que este delito se cometa mediante una conducta omisiva. Así ocurre cuando el delegado de la guarda no impide que un tercero le sustituya en el ejercicio de las funciones que le han encomendado.

La conducta delictiva debe ser dolosa o intencionada, es decir, el sujeto activo tiene que realizar la entrega de los menores o incapaces a un tercero o establecimiento público de manera intencionada y conociendo que no cuenta con el consentimiento de los titulares de la guarda.

⁸⁷ Es cierto que esto ocurre en rasgos generales, pero ello no es estrictamente así en la práctica, ya que suele ocurrir que la persona encargada de la crianza y educación del menor o incapaz también se encargue de la convivencia con éste y de su vigilancia (ej.: educación en internados).

⁸⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.142., quien incluye entre estos autores a Rodríguez Ramos y Landecho-Molina.

⁸⁹ En la misma línea Díez Ripollés y Polaino Navarrete. Y, en sentido contrario, entienden que nos encontramos ante un delito de simple actividad Queralt Jiménez y Maqueda Abreu. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.144.

En el supuesto de que el sujeto activo crea que cuenta con el consentimiento de los titulares de la guarda nos encontramos ante un error de tipo⁹⁰.

Las causas de justificación que encontramos son dos: por un lado, el estado de necesidad del delegado de la guarda, cuando entrega al sujeto pasivo para salvaguardar un interés mayor; y, por otro lado, la legítima defensa frente a agresiones ilegítimas del menor o incapaz. Sin embargo, su apreciación será complicada cuando se pruebe que en lugar de entregar al menor o incapaz a un tercero o establecimiento público, se podría haber realizado la entrega a los propios titulares de su guarda. Y, el consentimiento⁹¹ del sujeto pasivo no es causa de justificación; pero, algunos autores, como Díez Ripollés⁹², entienden que se podría apreciar una atenuante cuando el menor de edad tenga más de 12 años y madurez suficiente para indicar que no quiere estar bajo el encargo temporal del sujeto activo.

Respecto a la autoría y participación se aplicarán *mutatis mutandi* las mismas reglas⁹³ que respecto al delito de abandono propio o *sensu strictu* de los arts. 229 y 230 CP.

El delito de abandono impropio también contempla la tentativa acabada y la tentativa inacabada. La tentativa acabada se dará cuando el tercero o el establecimiento público a los que se les iba a hacer entrega del menor o incapaz por haber manifestado ya su aceptación, en el último momento cambian de opinión y deciden no aceptar la guarda personal de estos. Y la tentativa inacabada se dará cuando la puesta a disposición del tercero o del establecimiento público del menor o incapaz se ve interrumpida por causas ajenas a su voluntad. No son punibles los meros actos preparatorios.

⁹⁰ Algunos autores creen que nos encontramos ante un error de prohibición; estos son: Muñoz Conde, Suárez González y Gómez Pavón. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.148.

⁹¹ Sin embargo, algunos autores, como Serrano Gómez y Gómez Pavón, consideran irrelevante el consentimiento del menor o incapaz. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.144.

⁹² Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.144.

⁹³ Véase pág. 35 de presente trabajo.

El apartado 2 del artículo 231 CP se refiere al tipo agravado del tipo básico recogido en el apartado 1 del mismo artículo 231. Simplemente se establece una pena mayor para el sujeto activo que, realizando la conducta típica ya descrita (entrega indebida del menor o incapaz), ponga en peligro⁹⁴ la vida, salud, integridad física o libertad sexual del sujeto pasivo.

4.4. La utilización o préstamo para mendicidad del art. 232 CP

El artículo 232 CP 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.”

El sujeto activo es cualquier persona⁹⁵ que cometa la conducta delictiva; por lo que, en este caso, no nos encontramos ante un delito especial. Como ya se ha indicado, el sujeto activo puede ser cualquier persona, sin perjuicio de que lo habitual en la práctica sea que este delito suele ser cometido por personas que ostentan la titularidad de la guarda personal del sujeto pasivo o que están encargados temporalmente de ella.

Además, el término “utilización”, permite presumir que el sujeto activo se vale de la titularidad o de la delegación de la guarda personal del menor o incapaz para cometer el delito. Y, la palabra “préstamo”, nos permite deducir que el sujeto activo es el titular o el delegado de la guarda personal del menor e incapaz, también, pero interviniendo otro sujeto activo, que es un tercero, que es quien recibe al sujeto

⁹⁴ Será prácticamente imposible que se ocasione un resultado de peligro para los bienes jurídicos mencionados cuando la entrega se realice a un establecimiento público; en la misma línea Prats Canut y Serrano Gómez. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.150.

⁹⁵ En esta línea, se encuentran autores como Vaella Esquerdo, Prats Canut y Acosta Patiño. Pero, otros autores consideran que sólo pueden ser sujetos activos del delito aquellas personas que tengan alguna potestad sobre el sujeto pasivo; como indica Serrano Gómez. Véase RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.151.

pasivo; es decir, conviene aclarar que son sujetos activos del delito, tanto las personas que entregan al sujeto pasivo como las que lo reciben, siempre que el menor sea utilizado o prestado para la mendicidad; esto es indicado por Carbonell Mateu⁹⁶, cuando indica que: “cometen el delito tanto el que entrega el menor para mendigar, como quien lo utiliza para este fin”.

Y, el sujeto pasivo es el menor de edad o la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Por un lado, vamos a analizar la conducta delictiva recogida en el tipo básico (art. 231.1). La conducta delictiva del tipo básico comprende dos acciones: utilización y préstamo. Pues bien, desde nuestro punto de vista, la utilización del sujeto pasivo para la mendicidad es un delito de resultado, ya que, para que se entienda cometido el delito es necesario que el menor o incapaz ejerzan la actividad de mendicidad; mientras que, la acción de préstamo del sujeto pasivo para la mendicidad constituye un delito de simple actividad, ya que basta con que el titular o delegado de la guarda personal del menor o incapaz lo entregue a otra persona conociendo que se va a valer de él para ejercer la actividad de la mendicidad. Sin embargo, a pesar de dejar clara nuestra postura, existen diversas opiniones doctrinales⁹⁷ al respecto.

El resultado que se pretende alcanzar mediante la realización de la conducta típica es la práctica de la mendicidad por los menores o incapaces.

La práctica de la mendicidad consiste en llevar a cabo una actividad consistente en pedir un donativo, de manera no puntual, con valor económico, a terceras personas, valiéndose para ello del discurso, gestos, textos o cualquier otro medio que permite expresar la petición, poniendo de manifiesto la generosidad de los terceros e indicando la situación de indigencia en la que se encuentra siendo ésta real o ficticia, propia o de alguna persona cercana por razón de parentesco o

⁹⁶ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 334.

⁹⁷ En la misma línea se encuentra Carmona Salgado; mientras que otros autores como Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac y Acosta Patiño consideran que ambas acciones constituyen un delito de simple actividad. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.153.

amistad, a cambio de ninguna contraprestación o de una contraprestación mínima en proporción al beneficio económico obtenido.

Algunos autores⁹⁸ también mencionan el elemento de que la mendicidad se desempeñe en un lugar público. Sin embargo, nosotros no consideramos impensable que también se considere mendicidad la práctica de la actividad indicada cuando se lleve a cabo en un lugar privado.

Díez Ripollés da una definición de práctica de la mendicidad muy completa, en la que nosotros nos hemos basado, y a la que, según ese mismo autor, alude buena parte de la doctrina⁹⁹; dicha definición dice lo siguiente: “la reiteración de una actividad consistente 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, propio 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 la dádiva”. Y, Cortés Bechiarelli¹⁰⁰ define la práctica de la mendicidad como: “la solicitud de una contraprestación económica en lugar público como acto de solidaridad ajena, o a cambio de un servicio insignificante o simbólico”. Esta práctica también ha sido definida más brevemente por Muñoz Conde¹⁰¹, como: “la dedicación del menor a la recaudación económica mediante la solicitud de la dadivosidad ajena”.

La práctica de la mendicidad encubierta aparece por primera vez en el año 1983, y se encontraba ya parcialmente presente en el art. 584.4º antes de la reforma. La mendicidad encubierta la encontramos en esa contraprestación desproporcionada, realizada por el sujeto pasivo, con respecto a la cantidad económica obtenida. Esta

⁹⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.154., quien incluye entre estos autores a Acosta Patiño.

⁹⁹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.154., quien incluye entre estos autores a Acosta Patiño, Prats Canut, Carbonell Mateu, González Cussac, Suárez González.

¹⁰⁰ Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 407.

¹⁰¹ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 316.

mendicidad encubierta aparece recogida de forma expresa en el art. 232.1 CP, por lo que se trata de una conducta tipificada, a pesar de que algunos autores no consideren la conducta descrita como mendicidad en sentido estricto; forman parte de estos autores Muñoz Conde¹⁰² que indica que: “el concepto de mendicidad se corresponde estrictamente con la solicitud de dádivas sin contraprestación alguna y por ello difícilmente pueden incluirse aquí situaciones en las que el menor vende objetos y ofrece a cambio pequeños servicios (limpieza de vehículos, etc.), en las que pueden producirse abusos graves, pero que se encuadran antes en el amplísimo concepto de economía sumergida que en el de mendicidad”; y en esta misma línea se encuentran otros autores¹⁰³.

En nuestra opinión, la mendicidad encubierta y la economía sumergida no son lo mismo, porque no se trata de la realización de la misma conducta delictiva en ambos casos. Esto es así, porque en la práctica de la mendicidad encubierta concurren una serie de elementos que no concurren necesariamente en la economía sumergida y, no por el hecho de contar con un elemento común como es el de llevar a cabo una pequeña contraprestación a cambio de un beneficio, debemos calificar ambas conductas de idénticas. En ocasiones, es complicado diferenciar ambos tipos¹⁰⁴, pero podemos acudir al criterio de la desproporcionalidad de la actividad realizada como contraprestación o su improcedencia o innecesariedad, para calificar la conducta de mendicidad encubierta y no de economía sumergida.

Castiñeira Palou y Montaner Fernández¹⁰⁵, establecen dos ejemplos de tipicidad en la mendicidad encubierta en una de sus obras: por un lado, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid 192/2011 (ponente Molina Marín) que: “condena al padre de un menor de diez años que lo utilizó para mendigar con él, ofreciendo pañuelos

¹⁰² Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 317.

¹⁰³ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.154., quien incluye entre estos autores a García Arán, Queralt Jiménez, Vaello Esquerdo y Carmona Salgado.

¹⁰⁴ El autor Ceres Montes ha tratado los problemas de prueba y de detección entre ambos tipos delictivos. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.154.

¹⁰⁵ Véase CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, ed. Atelier, 2018, pp. 222.

de papel, a cambio de una cantidad de dinero que solicitaba a la voluntad de los transeúntes”. Y, por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 10/2015 (ponente Paúl Velasco) que: “condena a un matrimonio que obligó a su hijo menor a situarse cerca de un supermercado para mendigar vendiendo calendarios a los transeúntes”.

Por otro lado, debe quedar claro que nos encontramos ante una petición de donativos no puntual, es decir, la petición ocasional de limosna no entra dentro del tipo; pero esto no significa que, para estar en presencia de la conducta típica la solicitud de donativos deba realizarse de manera reiterada y prolongada en el tiempo. En este sentido, de nuevo, las mismas autoras¹⁰⁶ acabadas de mencionar, establecen que: “los tribunales consideran también necesaria una cierta continuidad en la práctica de la mendicidad y reputan insuficiente una sola petición de limosna, aunque sin llegar a exigir habitualidad”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 927/2004 (ponente Planchat Teruel) indicó que: “si bien cabría excluir del ámbito de lo prohibido la situación puntual y concreta de solicitar una limosna (p.ej.: para costearse un desplazamiento en transporte público) no puede por otra parte exigirse un hábito que la Ley Penal no quiere”.

Por último, quedan fuera del tipo por no considerarse práctica de mendicidad, las actividades destinadas a recaudar fondos para fines sociales y la solicitud de propinas a parientes, allegados o amigos.

Como ya conocemos, las conductas típicas recogidas en el tipo básico son: la utilización y el préstamo del menor o incapaz para la práctica de la mendicidad. Y esto es dispuesto por Cortés Bechiarelli¹⁰⁷, cuando indica que: “la acción típica es el uso o préstamo de menores o personas con discapacidad para la mendicidad, aun encubierta, consienta o no la víctima”.

Por un lado, la utilización del menor o incapaz para la mendicidad se refiere a la acción de situar al sujeto pasivo en un contexto de mendicidad para que pida un donativo con la finalidad de beneficiar económicamente a otros (ya sea

¹⁰⁶ Véase CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, ed. Atelier, 2018, pp. 222.

¹⁰⁷ Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 407.

entregándoles todo el beneficio obtenido o parte de éste). Rodríguez Núñez¹⁰⁸ define la “utilización” como: “instrumentalizar, tratar como si fuera un objeto o inducir al sujeto pasivo para pedir limosna él mismo de forma directa o indirecta”.

Lo que aquí ocurre es que el sujeto activo lleva a cabo una acción peyorativa, abusiva, de instrumentalización y explotación del menor o incapaz, aprovechando la imagen de vulnerabilidad y desvalimiento que muestra a los demás.

La acción de utilización abarca, tanto la práctica de la mendicidad directamente por el sujeto pasivo, como el acompañamiento del sujeto pasivo al sujeto activo mientras mendiga, actuando como señuelo.

Sin embargo, establece lo contrario la STS 1731/2000, de 10 de noviembre, que no considera que el hecho de situar al sujeto pasivo al lado de quien mendiga actuando como señuelo entre dentro del tipo de utilización para la mendicidad; ello queda reflejado cuando utiliza los siguientes términos: “este delito es aplicable cuando se instrumentaliza al menor para la recaudación del dinero, pero no cuando simplemente se le lleva como mero acompañante para despertar la caridad ajena”. Y, en la misma línea se encuentra Cortés Bechiarelli¹⁰⁹, cuando indica que: “ha de entenderse que la mendicidad la ejercen solos, ya que el mero acompañamiento de los perjudicados con los adultos ha de considerarse impune penalmente”. Y, Rodríguez Núñez¹¹⁰, indica que: “la mendicidad directa de los adultos es atípica aunque la realicen en presencia o compañía de menores o persona con discapacidad necesitadas de especial protección siempre que no los utilicen personalmente para conseguir los donativos”. También, Marín de Espinosa Ceballos¹¹¹ expone que: “a partir de la STS de 10 de noviembre de 2010, el hecho de pedir limosna mediante la mera exhibición o acompañamiento de menores no es incardinable en este tipo delictivo”.

¹⁰⁸ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 319.

¹⁰⁹ Véase CORTÉS BECHIARELLI, E. en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Noiones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020, pp. 407.

¹¹⁰ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 320.

¹¹¹ Véase MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 194.

Desde nuestro punto de vista, el hecho de que el sujeto activo se acompañe del menor o incapaz “para despertar la caridad ajena” sí entra dentro del tipo de utilización para mendicidad; cosa distinta sería si el titular o delegado de la guarda del menor o incapaz se acompañara de él, no para despertar la caridad ajena, sino porque no cuenta con la posibilidad de dejarle en otro lugar, conducta que es impune.

Por el contrario, sí entrará dentro del tipo la utilización del sujeto pasivo para la mendicidad en colectivos o minorías marginales; ya que hoy en día existen medios asistenciales adecuados para evitar esta situación.

Esta conducta de utilización puede llevarse a cabo de manera omisiva¹¹², cuando el titular o delegado de la guarda del menor o incapaz no impide que el sujeto pasivo practique la mendicidad.

Y, por otro lado, el préstamo del menor o incapaz para la mendicidad se refiere a entregar o ceder al sujeto pasivo a un tercero para que éste le utilice para practicar la mendicidad.

La doctrina mayoritaria¹¹³ comprende que el préstamo supone siempre la intención del sujeto activo de reintegrar¹¹⁴ al menor o incapaz en su área de guarda, de que no exista contraprestación, y de que el préstamo se realice de manera puntual, y no reiterada.

Esta conducta de préstamo puede llevarse a cabo de manera omisiva, cuando el titular o delegado de la guarda del menor o incapaz no impide que otra persona extraiga al sujeto pasivo del área de guarda y le utilice en la práctica de la mendicidad.

¹¹² Esta posibilidad no es contemplada por Polaino Navarrete. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.156.

¹¹³ Compuesta por Vaello Esquerdo, García Arán, Muñoz Conde, Carmona Salgado, Rodríguez Ramos, Queralt Jiménez, García Pérez y Orts Berenguer. Esta posibilidad no es contemplada por Polaino Navarrete. El autor Ceres Montes ha tratado los problemas de prueba y de detección entre ambos tipos delictivos. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp.157.

¹¹⁴ Muñoz Conde indica que: “el préstamo supone la voluntad y el acuerdo de reintegrarlo a su ámbito propio”. Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 317.

En relación con ambas conductas, no es necesario que el sujeto activo tenga ánimo de lucro para que la conducta realizada (utilización o préstamo) quede integrada dentro del tipo.

En este tipo básico caben los errores de tipo cuando el sujeto activo cree que el sujeto pasivo no es menor de edad o una persona discapacitada; aunque ello es difícil en la conducta de utilización, porque el sujeto activo es el titular o delegado de su guarda, y es bastante cuestionable que no conozca la edad o la circunstancia del sujeto pasivo. También, cabe contemplar error de prohibición por parte de los miembros de colectivos marginados que tienen por costumbre emplear a los menores o incapaces en el ejercicio de la mendicidad, creyendo realmente que no es una conducta incorrecta y sancionada penalmente.

La causa de justificación que podemos encontrar es el estado de necesidad, únicamente, cuando los propios titulares de la guarda del menor o incapaz, le utilizan o le prestan para realizar la actividad de mendicidad cuando el beneficio que se obtenga sea para satisfacer las necesidades de éstos exclusivamente, y siempre que no haya otra alternativa menos perjudicial de conseguir medios para su subsistencia; aunque ello también es cuestionable, ya que hoy en día existen las instituciones de asistencia social. Y, el consentimiento del menor o incapaz no opera como causa de justificación.

No existen aspectos peculiares en materia de autoría y participación¹¹⁵.

Aquí se contemplan las formas imperfectas de comisión del delito, es decir, la tentativa. En la conducta de utilización, nos encontramos ante una tentativa inacabada cuando no se consigue convencer al menor o incapaz para que se disponga a mendigar; y estaremos ante una tentativa acabada cuando, a pesar de la disposición del menor o incapaz para mendigar, esto finalmente no se produce por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Y, en la conducta de préstamo, nos encontraremos ante una tentativa inacabada cuando no se consigue llevar a cabo la entrega del menor o incapaz por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; y, estaremos ante una tentativa acabada cuando se haya producido el préstamo, pero el menor o incapaz no haya sido introducido en el ámbito de la mendicidad, como

¹¹⁵ Véase pág. 35 del presente trabajo.

estaba previsto, por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Por último, no se castigan los meros actos preparatorios.

El apartado 2 del art. 232 CP regula el tipo agravado formado por tres conductas distintas a ejercer sobre el menor o incapaz, con la intención de alcanzar las mismas finalidades que en el tipo básico de este precepto (apartado 1); estas conductas son: tráfico, empleo de violencia o intimidación, y administración de sustancias perjudiciales para la salud del sujeto pasivo.

La expresión “para los fines del apartado anterior”, que utiliza el Código no tiene una interpretación unánime, ya que una parte de la doctrina¹¹⁶ (de la que forma parte Muñoz Conde¹¹⁷) considera que tal expresión se refiere a la práctica de la mendicidad; mientras que, otra parte de la doctrina (Suárez González), considera que con la palabra “fines”, en plural, el precepto se refiere a la utilización y el préstamo del menor o incapaz para la práctica de la mendicidad (postura que nosotros mantenemos).

Pues bien, vamos a centrarnos en el análisis de cada una de estas conductas:

El *tráfico* del menor o incapaz para la mendicidad supone la utilización o el préstamo del sujeto pasivo en un contexto de una actividad mercantilmente organizada, de manera no ocasional, y a cambio de un beneficio económico.

Rodríguez Núñez¹¹⁸ indica que: “traficar significa negociar con dinero, comerciar con la persona como con una mercancía”. Muñoz Conde¹¹⁹ define el tráfico como: “la utilización del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección como sujeto de intercambio económico, con obtención de beneficios comerciales”.

¹¹⁶ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 162., quien incluye entre estos autores a Muñoz Conde y Polaino Navarrete.

¹¹⁷ Muñoz Conde establece que: “el segundo apartado del art. 232 se relaciona con el primero sólo a partir de los fines que presiden las conductas reguladas: traficar, violentar, intimidar, o suministrar sustancias perjudiciales al menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con el fin de dedicarlo a la mendicidad”. Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 317.

¹¹⁸ Véase RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017, pp. 321.

¹¹⁹ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 317.

El delito de tráfico se puede llevar a cabo tanto por el préstamo como por la utilización del sujeto pasivo. Sin embargo, es cierto que es más frecuente su comisión mediante el préstamo, de tal manera que algunos autores doctrinales¹²⁰ han defendido, tanto explícitamente como implícitamente que es la única forma de comisión. Pero, nada impide que se cometa mediante la utilización del sujeto pasivo, como creen otros autores¹²¹.

Hay que precisar que, para que se entienda producido el tráfico no es necesario que se haya obtenido un beneficio económico, sino que basta con que exista un ánimo de lucro¹²². Aquí, Carbonell Mateu¹²³ indica que: “en cuanto a la diferencia entre traficar y el tipo básico, éste se centra en que aquí el tráfico requiere siempre una contrapartida económica”.

La *violencia* y la *intimidación* presentan el mismo contenido que en otras ocasiones en que el Código Penal las utiliza. Y, en este tipo delictivo son empleadas con la finalidad de modificar la voluntad del menor o incapaz de oponerse a la práctica de la mendicidad y convencerle para ser utilizado o prestado para dicha práctica.

Dentro de la violencia o intimidación quedan incluidas la coacción y las amenazas.

Por regla general, la violencia o intimidación se ejercen directamente sobre el menor o incapaz. Pero, también se considera violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo las amenazas que se le hagan a éste de causar un daño a una tercera persona con la que mantiene algún tipo de vínculo afectivo, con la finalidad de influir en su decisión de ser utilizado o prestado para mendigar, porque puede verse condicionado, ya que no quiere que dicho tercero se vea perjudicado. Sin embargo,

¹²⁰ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 163., quien incluye entre estos autores a Prats Canut (explícitamente) y a Rodríguez Devesa, Serrano Gómez, Rodríguez Ramos, Vaello Esquerdo y Orts Berenguer (implícitamente)

¹²¹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 163., quien incluye entre estos autores a Acosta Patiño, Gómez Pavón, Carmona Salgado y Suárez González).

¹²² Sin embargo, algunos autores hablan de la necesidad de obtener un beneficio económico; estos autores son: Prats Canut, Muñoz Conde, García Arán y Carmona Salgado. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 163.

¹²³ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 335.

quedan excluidos los supuestos en los que la violencia o intimidación no se ejerza directamente sobre el menor o incapaz; y, también aquellos casos en los que no sea posible influir en la voluntad del menor o incapaz por presentar una corta edad o por su déficit psicológico¹²⁴.

El *suministro de sustancias perjudiciales para la salud* del menor o incapaz es una conducta realizada por el sujeto activo con la finalidad de facilitar la utilización o préstamo del sujeto pasivo para la práctica de la mendicidad, ya que éste tiene dificultades para oponerse a ello; o con la finalidad de crear un aspecto enfermizo que genere una sensación de mayor vulnerabilidad en los terceros, facilitando que aporten algún tipo de beneficio, jugando con su sensibilidad; o con la finalidad de mantener al sujeto pasivo en una situación en la que no molesta.

Muñoz Conde¹²⁵ considera que: “el suministro de sustancias perjudiciales para la salud, como narcóticos, relativamente frecuente en niños de muy corta edad, constituye un delito de peligro para la salud del menor, ya que no se exige que el perjuicio se haya producido efectivamente”.

En palabras de Díez Ripollés¹²⁶: “por sustancia debe entenderse, en este contexto, cualquier elemento natural o producto artificial cuya administración al menor o incapaz pueda producirle efectos somáticos o psíquicos que faciliten su utilización o préstamo para mendigar”.

Nos estamos refiriendo a drogas (ya sean estas legales o ilegales) o medicamentos. Sin embargo, buena parte de la doctrina¹²⁷ considera que por sustancia hay que entender exclusivamente elementos tóxicos, estupefacientes y psicotrópicos.

¹²⁴ Por lo que la determinación de la concurrencia de la violencia o intimidación sobre el menor o incapaz depende de sus condiciones físicas o mentales. En esta línea, Díez Ripollés, Queralt Jiménez y García Pérez. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 164.

¹²⁵ Véase MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 318.

¹²⁶ Referencia tomada de DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 165.

¹²⁷ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 165., quien incluye entre estos autores a Prats Canut, Acosta Patiño, García Arán, Muñoz Conde y Queralt Jiménez.

En nuestra opinión, el concepto aquí empleado de sustancia lo debemos entender en un sentido amplio, es decir, aquel elemento, ya sea natural o artificial, legal o ilegal, drogas (tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas) o medicamentos, que causen esos efectos somáticos o psíquicos que faciliten la utilización o préstamo del menor o incapaz para mendigar, porque lo aquí realmente relevante es que el producto que se suministra provoque tales efectos en el sujeto pasivo, independientemente de su naturaleza y características; y el sujeto activo, concededor de ello, lo utiliza para conseguir su objetivo.

Además, la sustancia debe ser perjudicial para la salud del sujeto pasivo; es decir, que su suministro no resulte terapéuticamente indicado para mantener o mejorar la salud del menor o incapaz, sino que de manera contraria, le ocasione algún daño que anteriormente no padecía, y que se ha producido como consecuencia de su consumo.

Claro está que la sustancia debe ser suministrada en las cantidades adecuadas para poder hablar de que se ha producido un perjuicio en la salud del sujeto pasivo. Y, es necesario tener en cuenta el estado de salud previo al suministro de la sustancia perjudicial que presentaba el menor o incapaz. Esta idea la establece Carbonell Mateu¹²⁸ cuando indica que: “como advierte Orts Berenguer, ha de tratarse de productos perjudiciales para la salud del menor en concreto, siendo indiferente que sean o no nocivas para otros menores o para personas adultas”.

El suministro de la sustancia supone que el sujeto activo administre directamente el producto al menor o incapaz, o a través de la cooperación del propio sujeto pasivo o de un tercero. Sin embargo, no bastará la simple puesta a disposición de la sustancia del menor o incapaz para considerarlo suministro.

Por último, consideramos que basta la puesta en peligro de la salud del menor o incapaz para entender cometido el tipo. Sin embargo, algún autor¹²⁹ considera que sí que es necesario que, efectivamente, se produzca un daño en la salud del sujeto

¹²⁸ Véase CARBONELL MATEU, J.C. en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 335.

¹²⁹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999, pp. 166., quien incluye entre algún autor a Carmona Salgado.

pasivo, y que no es suficiente un mero riesgo para que se pueda aplicar el tipo agravado.

Por último, es necesario mencionar brevemente lo dispuesto en el artículo 233 CP, ya que se trata de unas disposiciones comunes a los delitos recogidos en los arts. 229 a 232 CP, que ya hemos tratado.

El artículo 233 CP 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.”

El apartado 1 prevé la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar.

El apartado 2 recoge la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, cuando el sujeto activo sea un funcionario público que ostenta la guarda del menor o incapaz.

Y, el apartado 3 hace referencia a la labor¹³⁰ que, en esta materia, ocupa el Ministerio Fiscal. Por autoridad competente habrá que entender a la autoridad judicial y a las entidades públicas administrativas dedicadas a la protección de menores (Fiscalía General del Estado). Y la custodia y protección comprende todas las funciones propias de la guarda personal y de los bienes del menor o incapaz.

Por último, matizar que el legislador ha cometido un error al no mencionar en este precepto a las personas discapacitadas necesitadas de especial protección; sin embargo, hay que considerar que lo aquí indicado también es de aplicación a estos sujetos.

¹³⁰ Véase a Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Y el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha sido realizado con el objetivo principal de analizar todos los aspectos que comprenden la figura del abandono de familia, menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección. Dicho análisis trata de comprender desde los aspectos básicos y determinantes de cada tipo, hasta las cuestiones más detalladas y controvertidas que puedan surgir en la práctica.

El tenor del texto nos permite conocer el origen de esta figura, su evolución, y la regulación que existe hoy en día sobre la materia. Sin embargo, dicha regulación, en ocasiones, no es suficiente para resolver los conflictos que se presentan en la práctica más real, y por ello es necesario acudir a lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia en los aspectos más complejos. En este sentido, es necesario destacar la gran influencia que ha ejercido la doctrina existente en esta materia, ya que las diferentes posturas doctrinales que se mantienen sobre un mismo aspecto nos han permitido analizar en detalle las posibles maneras en las que se puede enfocar u observar una misma conducta delictiva; y que pretendemos quede reflejado. Por otro lado, la jurisprudencia existente nos ha facilitado comprender la aplicación práctica de la regulación de este delito.

El presente trabajo comienza exponiendo el origen histórico del delito de abandono de menores o incapaces encontrándose dicho origen en el Derecho Romano, ya que la “*expositio*” (exposición de niños) se castigaba ya en aquella época. Sin embargo, el origen de nuestra regulación legal actual se sitúa en la Codificación (siglo XIX), porque dicho delito quedó recogido por primera vez en el código penal de 1822 que conformó la base de lo que se ha ido regulando posteriormente sobre la materia. Y ya con el código de 1848 se estableció una estructura reguladora de las conductas propias que constituyen este tipo. Finalmente, el código penal actual (1995) mantiene en gran medida lo dispuesto en el viejo código, con modificaciones. Sin embargo, el delito de abandono de familia presenta un origen más tardío, ya que no surgió en la época de la Codificación, sino a principios del siglo XX, y la primera disposición legal que encontramos en España data de la fecha de 12 de marzo de 1942. Finalmente, con el actual código penal de 1995 se establece una regulación más completa de este tipo delictivo.

Más tarde, tratamos el concepto de “bien jurídico protegido” y buscamos delimitar qué bienes jurídicos del sujeto pasivo quedan afectados tras la realización de las diferentes conductas típicas. En este aspecto existen diversas posturas doctrinales, ya que algunos autores consideran que el bien jurídico es la seguridad personal; otros consideran que el bien jurídico son bienes más concretos como la vida, la salud, la integridad física o la libertad sexual; y, otros mantienen la postura de que se encuentra directamente relacionado con los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela y guarda. Todo ello enmarcado siempre en un ámbito de guarda constituido por los deberes de vigilancia, convivencia, alimentación, educación y formación integral.

Posteriormente, nos centramos en tratar el abandono de familia regulado en los arts. 226 y 227 CP. El art. 226 trata el incumplimiento de los deberes legales de asistencia, cuyo contenido se puede ver dividido en dos partes: por un lado, una primera parte referida al incumplimiento del deber de prestar asistencia propio de las instituciones familiares, es decir, patria potestad, tutela, guarda y acogimiento familiar; y, por otro lado, una segunda parte que se refiere al incumplimiento del deber de prestar la asistencia de sustento de descendientes, ascendientes o cónyuge, cuando éstos lo necesiten. Y, el art. 227 trata el impago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente, y las cuestiones más relevantes en esta materia son, principalmente, las relacionadas, por un lado, con la capacidad de acción, y, por otro lado, con la carga de la prueba de tal capacidad.

Y, finalmente, explicamos el abandono de menores e incapaces regulado en los arts. 229-233 CP, que se encuentra dividido en cuatro partes: en primer lugar, el art. 229 trata el abandono definitivo que, tanto en el primer párrafo como en el segundo habla de la misma conducta delictiva, pero cometida por sujetos activos distintos, ya que en el primer párrafo se habla de “la persona encargada de su guarda”, mientras que en el segundo párrafo se nombra a “los padres, tutores, y guardadores legales”; en este contexto se tratan los conceptos de abandono y de desamparo, y las conductas típicas y atípicas; y será necesario atender a la edad y a la capacidad de las posibles víctimas y a las condiciones del ámbito en que se encuentran. En segundo lugar, el art. 230 trata el abandono temporal; nos encontramos ante un delito de carácter temporal, ilimitado, no permanente y no definitivo. En tercer lugar, el art. 231 regula el abandono impropio o entrega indebida; en este contexto cobran gran relevancia los conceptos de crianza y educación, tercero y establecimiento público; y, la conducta delictiva puede darse de

dos maneras: cuando el sujeto activo es delegado de la guarda del menor y, simultáneamente, subdelega en un tercero, o cuando el sujeto activo es delegado de la guarda del menor y renuncia a tal cargo para entregar el sujeto pasivo a un tercero. Y, en cuarto lugar, el art. 232 regula la utilización o préstamo para mendicidad, cobrando gran importancia los conceptos de utilización y préstamo, práctica de la mendicidad y mendicidad encubierta (distinta a la economía sumergida); además, destaca el tipo agravado formado por tres conductas delictivas: tráfico, empleo de violencia o intimidación, y administración de sustancias perjudiciales para la salud del sujeto pasivo.

En todos los tipos indicados tratamos las formas de comisión (acción u omisión), las causas de justificación (principalmente, estado de necesidad y legítima defensa), los errores de tipo, y las formas imperfectas de comisión del delito (tentativa acabada y tentativa inacabada).

Por último, el art. 233 CP contiene las penas de inhabilitación especial y la labor que en esta materia ocupa el Ministerio Fiscal.

El abandono de familia, menores y personas discapacitadas necesitadas de especial protección, como ya hemos visto, ya venía sucediendo históricamente mediante la realización de determinadas conductas. Posteriormente, parte de esas acciones han desaparecido, y parte han evolucionado y se han conservado hasta nuestros días. A pesar del transcurso del tiempo, hay personas que continúan llevando a cabo el abandono de una forma o de otra, pero el Derecho Penal ha sido capaz de adaptarse a las nuevas circunstancias y regular todas aquellas conductas que supongan un abandono hacia la familia, hacia un menor o hacia una persona discapacitada, con la finalidad de sancionar a todos aquellos que lo realicen o intervengan de alguna manera en su realización, y evitar que esto continúe ocurriendo, protegiendo, por ello, el bien jurídico afectado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL MATEU, J.C. “Delitos contra las relaciones familiares” en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (Coord.), *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- CASAS COBO, PA. “Cuestiones prácticas y divergencias del Juzgado de lo Penal en relación con los Juzgados de Instrucción y la Audiencia Provincial”, en *Cuadernos Digitales de Formación nº 11*, 2014.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T. y MONTANER FERNÁNDEZ, R. “Delitos contra las relaciones familiares” en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, ed. Atelier, 2018.
- COLAS, TURÉGANO, A. “Breve Reflexión” en *RBD nº17*, 2014.
- CORTÉS BECHIARELLI, E. “Delitos contra las relaciones familiares” en GÓMEZ RIVERO, M.C. (Coord.), *Nociones fundamentales de derecho penal. Parte especial. Volumen I*, Madrid, ed. Technos, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- FERRER SAMA, A. *El delito de abandono de familia: Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1946-47*, Murcia, ed. Suc. De Norgués, 1946.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE).
- JOSHI JUBERT, U. “Protección penal de los acreedores” en CORCO Y BIDASOLO, M. (Coord.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.), *Derecho penal económico y de empresa: parte general y parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2020.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de derecho civil. 4, Familia*, Madrid, ed. Dykinson, 2010.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en (BOE).

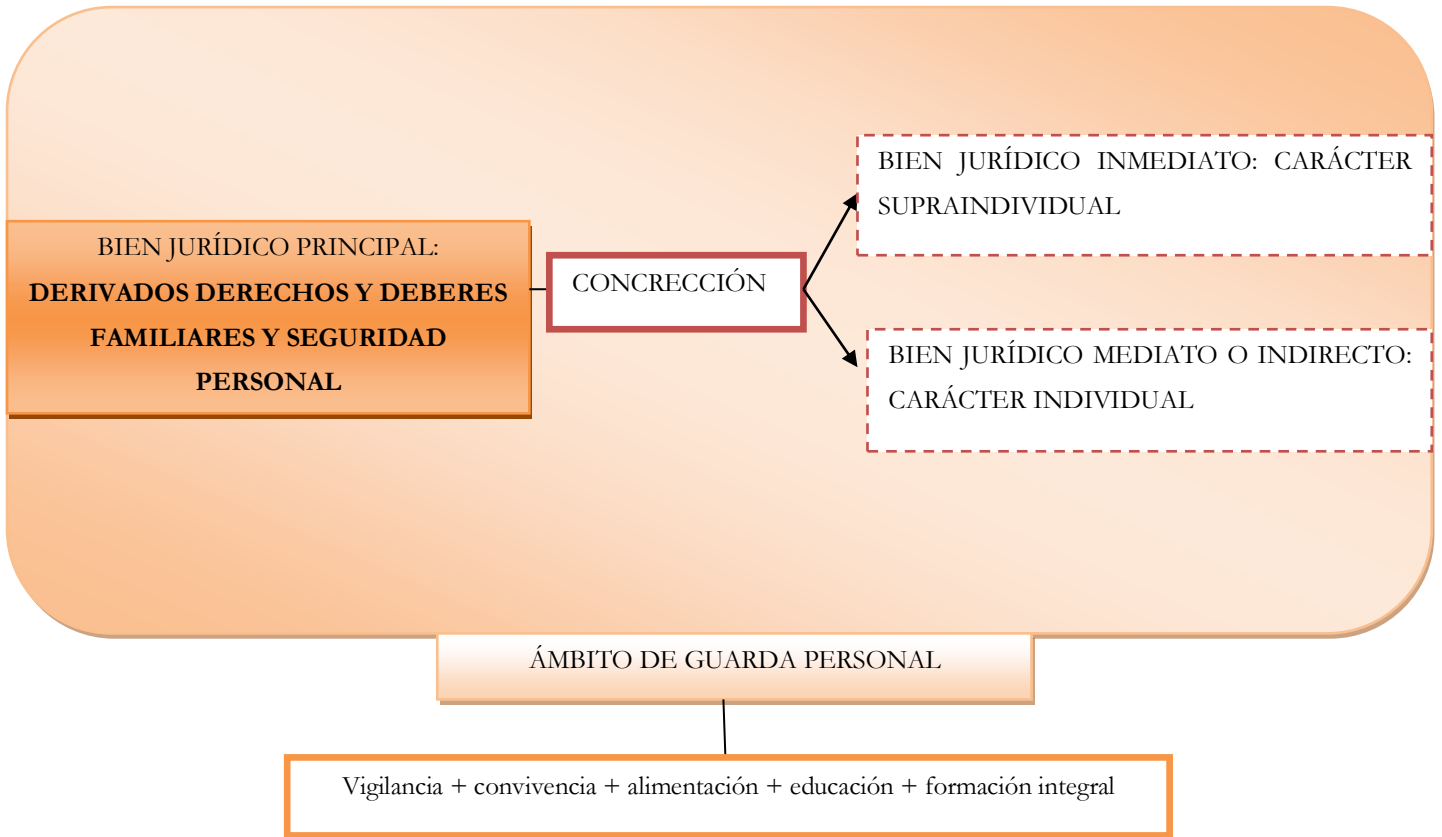
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE).
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 191.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE).
- ROCA AGAPITO, L. “Derechos y deberes familiares” en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Derecho Penal Español Parte Especial I*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2011.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C. “La filiación” en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “Delitos contra las relaciones familiares” en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos: la parte especial del derecho pena*, Madrid, ed. Dykinson, 2017.
- ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BALDOVA PASAMAR, M.Á. *Derecho Penal. Parte especial: Conforme a las leyes orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Granada, ed. Comares, 2016.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. “Instituciones de guarda” en SÁNCHEZ CALERO, F.L. (Coord.), *Curso de derecho civil. IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347.

WEBGRAFÍA

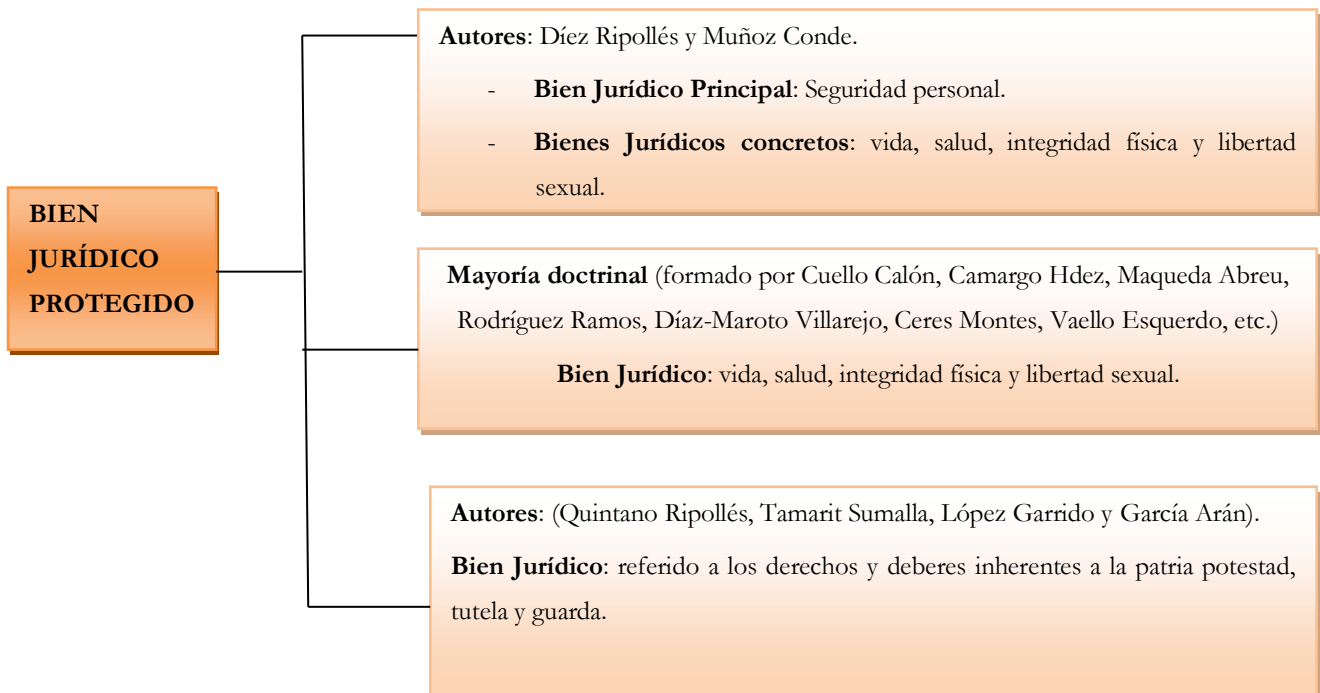
- Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/> .
- Plataforma de información jurídica v/lex. Disponible en <https://vlex.es/> .

7. ANEXO

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:



DIFERENTES POSTURAS RESPECTO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:



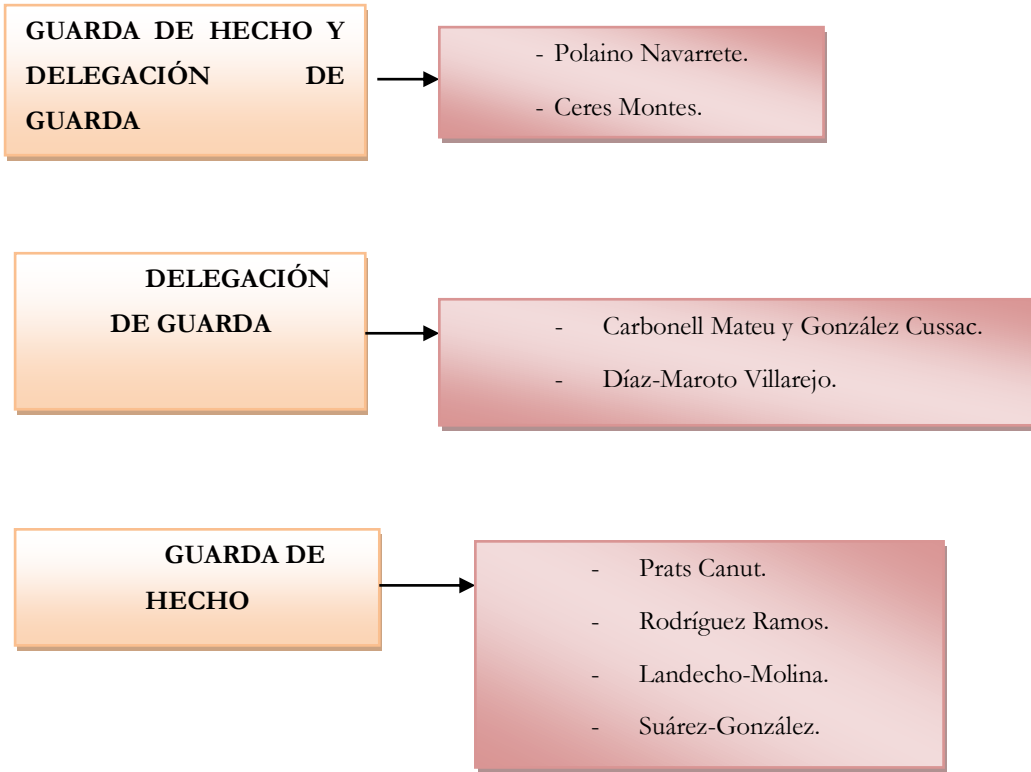
DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES Y EL DELITO DE ALZAMIENTO DE BIENES:

DIFERENCIAS	DELITOS	
	IMPAGO DE PRESTACIONES	ALZAMIENTO DE BIENES
REGULACIÓN	ART. 227 CP	ART. 257 CP
CONSTANCIA JUDICIAL	Constancia en convenio o resolución judicial	NO constancia judicial
INCUMPLIMIENTO	Impago dentro del plazo establecido, sin necesidad de insolvencia	Impago por insolvencia aparente
PROTECCIÓN MEDIANTE TIPIFICACIÓN	Derecho de crédito y seguridad y bienestar de los beneficiarios	Derecho de crédito

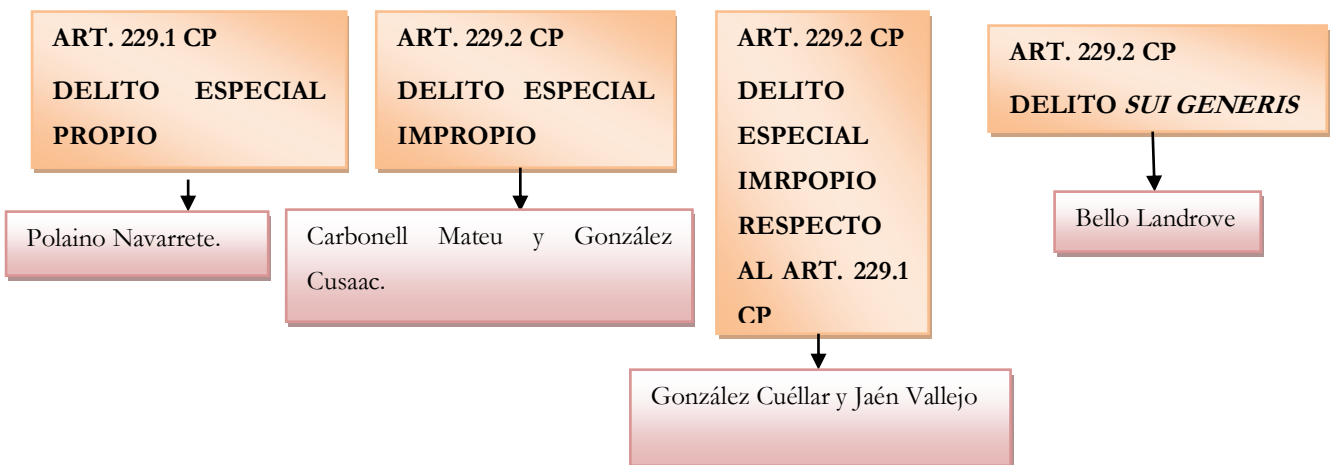
DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE IMPAGO DE PRESTACIONES Y EL DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES DE ASISTENCIA:

DIFERENCIAS	DELITOS	
	IMPAGO DE PRESTACIONES	INCUMPLIMIENTO DE DEBERES LEGALES DE ASISTENCIA
REGULACIÓN	ART. 227 CP	ART. 226 CP
RELEVANCIA PATRIMONIAL DEL SUJETO PASIVO	Irrelevancia del patrimonio del sujeto pasivo	“Necesidad” del sujeto pasivo
CONSTANCIA JUDICIAL	Constancia de la obligación en convenio o resolución judicial	NO constancia judicial
CONCURRENCIA	Temporalidad: es necesario no pagar dentro de los plazos establecidos convencional o judicialmente establecidos	Permanencia: abandono no puntual, prolongado en el tiempo.

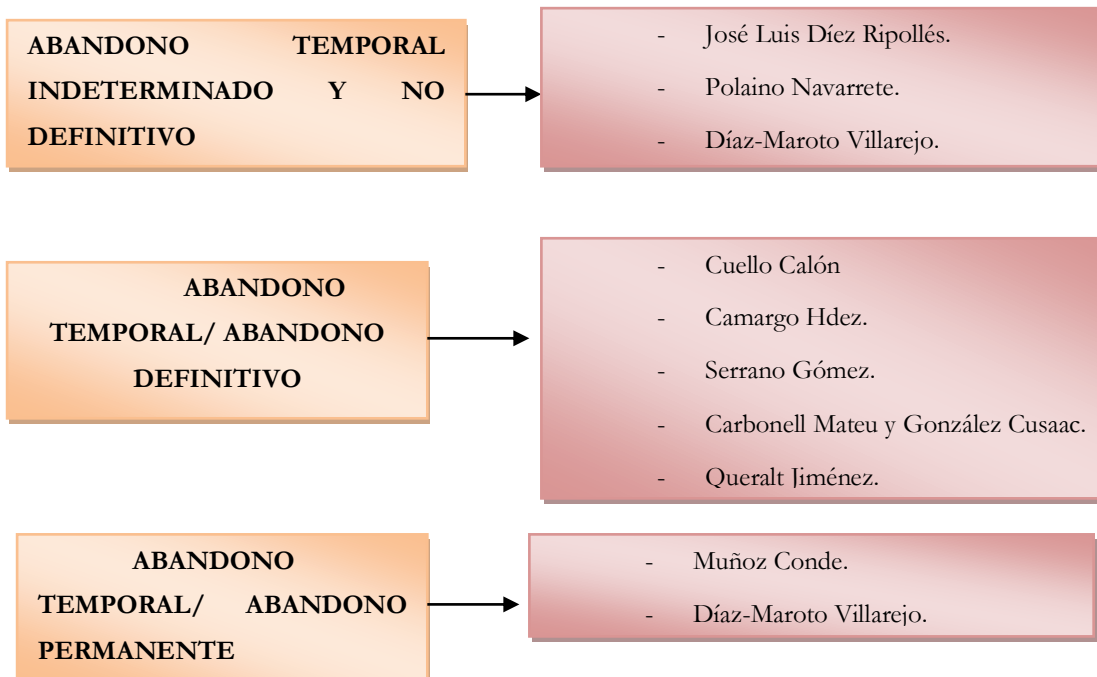
POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LOS SUPUESTOS INCLUIDOS EN LA GUARDA DEL DELITO DE ABANDONO PERMANENTE DEL ART. 229.1 CP:



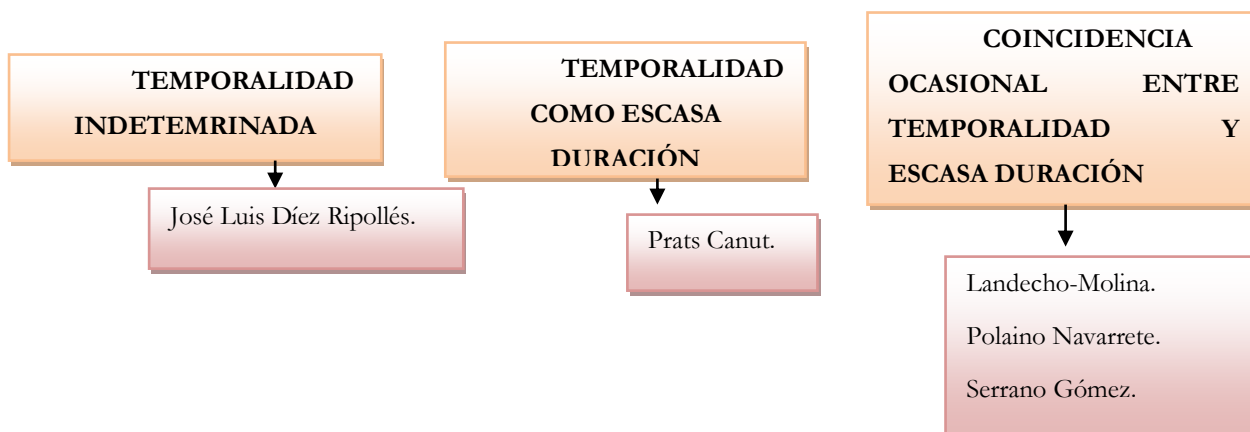
POSTURAS DOCTRINALES SOBRE EL DELITO PROPIO O IMPROPIO DEL ART. 229 CP:



CONSIDERACIÓN DE ABANDONO TEMPORAL INDETERMINADO Y NO DEFINITIVO DEL ART. 230 CP Y CONTRAPOSICIÓN ENTRE EL ABANDONO TEMPORAL Y DEFINITIVO O ABANDONO TEMPORAL Y PERMANENTE:



POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA TEMPORALIDAD DEL DELITO DE ABANDONO DEL ART. 230 CP:



POSIBLES SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO DE ABANDONO IMPROPIO DEL ART. 231 CP:

DEBERES LEGALES

SUJETOS ACTIVOS	DEBER DE EDUCACIÓN	DEBER DE ALIMENTOS
	Delegados de padres, tutores y guardadores legales	Delegados de padres, tutores y guardadores legales
	Padres excluidos de la patria potestad que no ostenten la titularidad del deber de educación	
	Tutores excluidos de la tutela que no ostenten la titularidad del deber de educación	

DIFERENCIAS ENTRE EL ABANDONO PROPIO O *SENSU STRICTU* DE LOS ARTS. 229 Y 230 CP Y EL ABANDONO IMPROPIO DEL ART. 231 CP:

	ABANDONO PROPIO O SENSU STRICTU (ARTS. 229 Y 230 CP)	ABANDONO IMPROPIO (ART. 231 CP)
CONTENIDOS DE LA GUARDA PERSONAL	Vigilancia y convivencia	Crianza y educación
SUJETOS ACTIVOS	SÍ son sujetos activos los titulares de la guarda personal	NO son sujetos activos los titulares de la guarda personal
RELEVANCIA DE LA SALIDA DEL ÁREA DE GUARDA	Sí se sanciona únicamente la salida del área de guarda de la víctima	No se sanciona únicamente la salida del área de guarda de la víctima
VOLUNTAD DEL TERCERO	El tercero asume la guarda en contra de su voluntad	El tercero asume la guarda voluntariamente