

ABANDONO DE MENORES

Luis ROCA DE AGAPITO

Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Oviedo

Resumen: Análisis de la regulación del delito de abandono de menores a la luz del contexto socio-económico actual, prestando especial atención a la delimitación con otras figuras delictivas afines, a la agravación de la pena por la puesta en concreto peligro de la vida, salud, libertad e indemnidad sexual del menor, así como de la modalidad de utilización de menores para la mendicidad.

Abstract: Analysis of the crime of neglect in light of the current socio-economic context, with special attention to the boundary with other related offenses, to the aggravation of the sentence by putting in particular danger the minor's life, health, freedom and sexual indemnity, as well as the crime of using children for begging.

Palabras clave: delito de abandono de menores, utilización de menores para la mendicidad.

Key words: crime of neglect, crime of using children for begging.

I. Contexto socio-económico del abandono de menores

El presente trabajo está dedicado al estudio de la regulación del delito de abandono de menores (arts. 229 a 233 CP), pero antes de pasar a ello quisiera contextualizar brevemente dicha regulación en los tiempos que corren.

La verdad es que, salvo honrosas y meritorias excepciones, este delito nunca ha sido objeto de mucha atención por parte de la doc-

trina, al menos, como figura delictiva autónoma¹. Por cierto, tampoco en la jurisprudencia se encuentran numerosas resoluciones, lo cual es debido, sin duda, a su alta cifra de criminalidad oculta. Sin embargo, en los últimos tiempos estas conductas delictivas despiertan gran interés entre los medios de comunicación y la sociedad en su conjunto.

La crisis económica que sufrimos en la actualidad se está convirtiendo también lamentablemente en una crisis social, que ha hecho que la situación de precariedad de los menores de edad esté alcanzando verdaderos tintes dramáticos. Resulta enormemente entristecedor tener que leer en los periódicos noticias, como las aparecidas en enero de 2012 sobre la situación de abandono de niños en Grecia². Pero esta situación de penuria infantil no es ajena a la sociedad española.

La situación que vivimos en España es en verdad muy preocupante. Según el último informe que elabora UNICEF en el que se analizan los índices de pobreza y de privación infantil en los países industrializados³, España tiene un 8,1% de niños a quienes les faltan dos o más artículos básicos⁴, pero lo que es aun peor, según ese mismo Informe,

¹ Lo normal es analizar este delito junto al abandono de familia, con el que guarda bastantes puntos de conexión y además de conformar ambos la Secc. 3ª del Cap. III del Tit. XII del Lib. II del CP. Sin embargo, entre ambos se observan algunas diferencias que permiten concebirlos como figuras delictivas independientes. Por tanto, partiendo de esa autonomía, centraré el objeto de este trabajo en el abandono de menores, sin que ello implique obviar, como es lógico, la delimitación y las relaciones que entre ambos delitos existen, y sin que ello implique tampoco circunscribir exclusivamente al abandono de menores el contexto socio-económico que a continuación expongo.

² Resulta enormemente entristecedor tener que leer en los periódicos noticias como «Los problemas económicos disparan el abandono de niños en Grecia» (El Mundo, 13/1/2012), o «La crisis aumenta el maltrato y el abandono de menores en Grecia» (ABC, 14/1/2012).

³ ADAMSON, P.: *Measuring child poverty. New league tables of child poverty in the world's rich countries*, Ed. UNICEF, Florencia (Italia), 2012 (disponible en <http://www.unicef.es>).

⁴ Estos artículos se cifran en 14 y son: 1) tres comidas al día; 2) una comida diaria con carne, pollo o pescado; 3) fruta y verdura diarias; 4) libros adecuados a la edad y conocimientos del niño; 5) artículos de ocio al aire libre (bicicleta, patinete...); 6) actividades de ocio regulares (natación, música, organizaciones juveniles...); 7) juegos domésticos (juguetes, videojuegos...); 8) dinero para participar en las excursiones escolares; 9) un lugar tranquilo y luminoso para hacer los deberes; 10) conexión a Internet; 11) algo de ropa nueva; 12) dos pares de zapatos; 13) la posibilidad de invitar a amigos a casa para jugar o comer; y 14) la posibilidad de celebrar ocasiones especiales, como el cumpleaños.

En España se ha advertido un preocupante aumento de casos en los que la única comida que los niños ingieren al día es la del comedor escolar, lo cual ha hecho saltar

España se sitúa en el 4º puesto de la Unión Europea con la proporción más alta de niños «relativamente pobres»⁵, detrás de Rumanía, Letonia y Bulgaria. Este estudio calcula que entre un 23,6% y un 17,1% de los niños viven en España por debajo del umbral de la pobreza relativa, lo que contrasta con que sólo un 8,1% de los niños sufra una situación de privación de artículos básicos⁶. En otro estudio elaborado por UNICEF-España⁷, en el que se analiza el impacto de la crisis en los niños en nuestro país, se pone de relieve que *la pobreza infantil en nuestro país es cada vez mayor, más intensa y más persistente*⁸.

las voces de alarma de nutricionistas (véase, por ejemplo, la noticia difundida por *Europa Press*, el 28/5/2012, según la cual «Nutricionistas no descartan tener que volver a las campañas de leche en colegios si los niños hacen una única comida»).

⁵ Resulta curioso este concepto demográfico de «pobreza relativa», que, por cierto, es también un concepto relativo, pues la OCDE sigue un criterio distinto al de la UE.

La pobreza relativa se define como vivir en el seno de una familia cuyo nivel de ingresos sea inferior a un porcentaje de la mediana de los ingresos de las familias de dicho país. La UE cifra ese porcentaje en el 60%; en cambio, la OCDE lo sitúa en el 50% de la mediana.

⁶ Este porcentaje disminuye a 5,3%, si la privación es de 3 o más artículos básicos; a 3,2%, si es de 4 o más; y a 2,1% si es de 5 o más.

A mi modo de ver hay algo que no cuadra en estas cifras, sobre todo si tenemos en cuenta que países con mayor tasa de privación de artículos básicos, como Francia, Italia o Portugal, tienen, en cambio, menor tasa de pobreza relativa.

⁷ GONZÁLEZ-BUENO, G./BELLO, A./ARIAS, M. (y otros): *La infancia en España 2012-2013. El impacto de la crisis en los niños*, Ed. UNICEF, Madrid, 2012 (disponible en <http://www.unicef.es>).

⁸ Hay datos en este Informe que deberían avergonzarnos a todos, pero especialmente a quienes está en sus manos impedirlo. En España hay **2.200.000 niños** que viven en hogares por debajo del umbral de la pobreza (relativa, al 60% de la mediana de ingresos) (desde 2008 ha aumentado un 10% y para el año 2011 se afirma que la pobreza infantil ronda ya el 27%, esto es, **3 de cada 11 niños**).

Pero además hay que tener en cuenta que el umbral de la pobreza ha descendido en estos últimos tiempos, con lo que también se es más pobre. En este estudio se pone como ejemplo, que para **una familia de 2 adultos con dos niños** este umbral ha pasado de 16.684 € en 2009 a **15.820 € en 2011**.

A mayor abundamiento, la intensidad de la pobreza es también creciente. El porcentaje de niños en hogares con un **nivel de pobreza alta**, esto es, por debajo del 40% de la mediana de ingresos, ha crecido 4 puntos en dos años, situándose en el **13,7%**. Esta cifra es la más alta de todos los países de la UE de los 15, y sólo por debajo de Rumanía y Bulgaria en la UE de los 27.

También es importante que la pobreza infantil se está haciendo cada vez más persistente. La **pobreza crónica** (al menos tres de los últimos cuatro años en riesgo de pobreza, incluido el actual) **se ha incrementado en un 53,7%** desde el 2007 al 2010.

Finalmente, quiero resaltar que el incremento de la pobreza en la infancia ha sido significativamente mayor que el del total de la población. **Los niños son el grupo de edad más pobre** en comparación con el resto de grupos (adultos en edad de trabajar y mayores de 65 años); lo cual también significa que **el impacto de la crisis está siendo más duro en los hogares con niños**, que en el conjunto de los hogares.

Estos Informes suponen una seria llamada de atención a los Estados para que no se olviden de sus ciudadanos más vulnerables: los niños y niñas. Evidentemente el Estado deberá ayudar a los que más lo necesiten⁹ y el Derecho penal poco tendrá que decir en este terreno. Ahora bien, sí es verdad que en aquellos casos más graves, en los que la desatención de los menores se haga de forma voluntaria y con posibilidades de prestar la asistencia debida, va a estar justificada la intervención penal, pensando siempre en la protección de los más vulnerables. No sería justo que los niños acabasen pagando las decisiones de los adultos, que, por otra parte, es lo que suele suceder¹⁰.

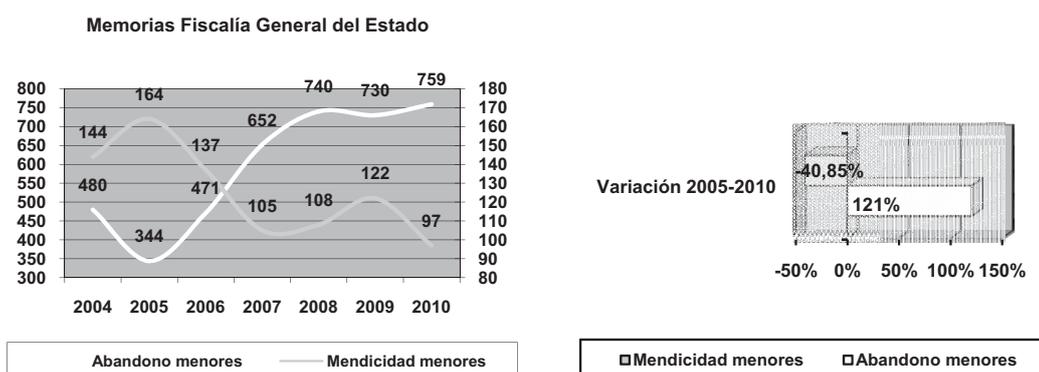
Precisamente en este punto es en donde se puede observar, a mi modo de ver, cierta correlación entre la crisis económica que estamos viviendo y las cifras de delitos de abandono de menores. Bien es cierto, que el abandono de menores e hijos puede tener muchas causas, no sólo las económicas, sino también de otro signo, como pueda ser la evolución que ha experimentado en los últimos tiempos la concepción de la familia, de las relaciones paterno-filiales, de las conductas de los niños y adolescentes, de los adultos también, del consumo de drogas y alcohol tanto por parte de los adultos como de los menores, y así un largo etcétera de factores.

Los datos obrantes en las Memorias de la Fiscalía General del Estado muestran, en el último lustro, un incremento de más del 120% en las diligencias abiertas por abandono de menores. Esta cifra es relevante, sin duda, sin embargo, es probable que no obedezca ex-

⁹ Por cierto, que en el Informe de UNICEF-España se pone de relieve también cómo en 2009 España era el 5º país de los 35 países ricos analizados que menor capacidad tenía para reducir la pobreza entre sus niños y niñas. Y desde ese año, la debilidad de la protección del sistema público hacia los menores se ha visto acrecentada por las decisiones de reducción en ayudas y servicios públicos. Se demuestra con numerosos ejemplos (véanse las págs. 12 y ss.), cómo «en el ámbito de las decisiones políticas se ha instalado la sensación de que este tipo de ayudas a la infancia son altamente prescindibles en tiempos de crisis».

¹⁰ Pensemos, por ejemplo, en la decisión política de retirar la tarjeta sanitaria a los extranjeros residentes ilegalmente en España (art. 1.2 y 1.3 del RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que introducen dos artículos, los nuevos art. 3 bis y ter, en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). Aunque el art. 3 ter Ley 16/2003 declara tajantemente que «en todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles», habrá que esperar que la situación de los padres no repercuta negativamente en el acceso de los menores a los servicios sanitarios a que tienen derecho.

clusivamente a razones económicas, pues un delito de abandono de menores, que en principio tendría mucho que ver con la situación económica, como es la utilización de menores e incapaces para la mendicidad, sin embargo, ha disminuido en más de un 40% durante ese mismo período de tiempo.



II. Análisis de la regulación del delito de abandono de menores

Después de haber hecho esta breve contextualización del delito de abandono de menores, a continuación pasamos a analizar su regulación.

Los arts. 229 a 233 CP incriminan el llamado abandono de menores o incapaces. En estos preceptos se incluyen diversas conductas delictivas, de naturaleza diversa, pero que se podrían agrupar en torno a dos categorías. Por un lado, el abandono de menores o incapaces en sentido estricto, que estaría compuesto por el abandono definitivo regulado en el art. 229 CP en el que se pueden distinguir un tipo básico (apartado 1) y unos tipos agravados (apartados 2 y 3), y por el abandono temporal previsto en el art. 230 CP. Por otro lado cabe incluir bajo esta categoría de abandono de menores o incapaces —advirtiendo que se emplea entonces en un sentido impropio, porque realmente no son modalidades de abandono— los delitos de entrega indebida de menores o incapaces del art. 231 CP y de utilización de los mismos para la mendicidad del art. 232 CP. Estos delitos, a su vez, también tienen los correspondientes tipos agravados. Finaliza este grupo de artículos con uno dedicado a una serie de disposiciones comunes a todos ellos (art. 233 CP). También habrá que hacer referencia a la falta del art. 618.1 CP, que prevé dos conductas omisivas de auxilio a menores o incapaces.

1. Bien jurídico protegido

El delito de abandono de menores se encuentra ubicado sistemáticamente, junto al abandono de familia, en la Secc. 3ª del Cap. III (dedicado a los *delitos contra los derechos y deberes familiares*) del Tít. XII (relativo a los *delitos contra las relaciones familiares*) del Lib. II. A pesar de las rúbricas referidas a la familia y a los derechos y deberes familiares, hay que advertir desde un principio, que lo que se protege en los artículos que comento no es la familia en sí¹¹, sino otros intereses.

¹¹ Con respecto a todo el Tít. XII del Lib. II del CP («Delitos contra las relaciones familiares») se discute por la doctrina si se protege la familia en sí (en este sentido, entre otros, BERISTAIN IPIÑA, A.: «Protección penal de la familia. Razones y límites de la incriminación del abandono de familia», en *Cuestiones penales y criminológicas*, Ed. Reus, Madrid, 1979, p. 214; DIEGO DÍAZ-SANTOS, R.: *Los delitos contra la familia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, p. 45) u otros bienes [así, entre otros, CARBONELL MATEU, J.C.: «Consideraciones en torno al delito de abandono de familia», en *Comentarios a la Legislación penal*, t. V vol. 2, EDERSA, Madrid, 1985, p. 1038; IDEM, «Los delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995», *LH-Vidal Guitarte* (1999), pp. 173 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 109; IDEM, «Las figuras de delitos de abandono y entrega indebida de menores o incapaces», *LH-Valle Muñiz* (2001), p. 1272; IDEM, «Arts. 223-225», en Díez Ripollés/Romeo Casabona (coord.) *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, n.m. 4; GONZÁLEZ GUTIÁN, L. «El abandono de familia: cuestiones de política criminal», *EPC* t. I (1977), p. 246; LAURENZO COPELLO, P.: «Art. 226», en Díez Ripollés/Romeo Casabona (coord.) *Comentarios al Código Penal*, t. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, n.m. 7; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Consideración jurídico-penal del, así llamado, abandono de familia», *CPC* 31 (1987), p. 93].

Personalmente considero que la familia no es el objeto de protección de estos delitos, sino más bien el marco institucional en donde se producen las conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos individuales. Por naturaleza se presupone que la familia está fundada en el amor y el afecto que se profesan sus miembros, pero la intervención penal se produce cuando dichos sentimientos ya se han roto. El Derecho penal interviene en estos casos no para tratar de recomponer esa situación, por otra parte, siempre deseable, sino sencillamente para garantizar la protección de los individuos que componen la familia, y especialmente de aquellos más vulnerables.

Dicho esto, tampoco conviene ignorar que mediante la incriminación de estos delitos la institución familiar obtiene una protección refleja, a saber, la pena en estos casos produce un efecto ético-social de refuerzo de la familia, produciendo en la sociedad una mayor conciencia de su valor y necesidad de protección (BERNAL DEL CASTILLO, J.: *El delito de impago de pensiones*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 38). Pero insisto, una cosa son los efectos integradores (o simbólicos, si se prefiere) que pueda tener la pena en estos delitos y otra bien distinta es que la intervención penal se justifique, aquí y en cualquier otro ámbito, sólo por eso. El *ius puniendi* se legitima por la exclusiva protección de bienes jurídicos, y no por la protección de valores puramente morales o sólo por el mantenimiento de la vigencia de las normas, que tanta relevancia pueden tener cuando nos movemos en el terreno de las relaciones familiares.

Se puede observar cierta división en la doctrina en cuanto a la configuración del bien jurídico protegido. Para algunos lo protegido sería la seguridad personal de los sujetos involucrados, particularmente los menores e incapaces¹²; o conjunto de condiciones materiales y morales que garantizan una vida digna de estas personas¹³. Otros hablan de los derechos inherentes a la patria potestad, tutela o guarda, en cuanto presupuesto de la seguridad de los menores o incapaces¹⁴. Y en fin, otros dicen que, en tanto en cuanto algunos delitos no precisan que se produzca riesgo alguno (ni siquiera posible) para la seguridad de las personas, estos delitos podrían configurarse como meros incumplimientos de normas del Derecho de familia¹⁵. En efecto, el contenido material de injusto de algunos de estos delitos contra las relaciones familiares, y en particular el art. 231 CP respecto del abandono de menores, es más bien nulo, reduciéndose a una pura antijuridicidad formal.

Pero incluso aunque algunos de estos delitos se conciban como meros ilícitos civiles elevados a la categoría de infracción penal, no conviene perder de vista que las normas del Derecho de familia que se ven en cuestión tienen su razón de ser en tratar de garantizar la indemnidad física, psíquica y hasta moral de los menores e incapaces, con lo cual, en esto se centraría en última instancia el contenido material de injusto de estos delitos. En definitiva, el interés que se trata de proteger con estos delitos sería la seguridad personal (art. 17 CE), al cual se puede otorgar cierta autonomía y concebirlo como el conjunto de condiciones que garantizan la indemnidad personal, en este caso, fundamentalmente de los menores e incapaces. Concreta-

¹² DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, cit., p. 109; IDEM, *LH-Valle Muñiz* (2001), p. 1272; IDEM, «Arts. 229-233», en *Comentarios...*, cit., n.m. 10. En adelante sólo citaré la opinión de este autor a través de esta última obra. También TORRES ROSELL, N.: «Artículo 229», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios al Código Penal Español*, 6ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1445, cifra el bien jurídico protegido en la seguridad de los menores e incapaces.

¹³ LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 23; EADEM, «Art. 227», en Díez Ripollés/Romeo Casabona (coord.) *Comentarios...*, cit., n.m. 18. En términos parecidos, también GÓMEZ TOMILLO, M.: «Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. Especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales», RDPC 4 (2010), p. 179.

¹⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J.: «Delitos contra las relaciones familiares (II)», en Cobo del Rosal (dir.), *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 434.

¹⁵ CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra las relaciones familiares», en Vives Antón (dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 374.

mente, y siguiendo en este punto a DÍEZ RIPOLLÉS, en el delito de abandono de menores (arts. 229 y ss.) habría que circunscribir dicho bien jurídico al marco de la guarda¹⁶, y por lo que se refiere a la falta del art. 618.1 CP el bien jurídico protegido sería simplemente la seguridad personal de los menores e incapaces.

Asimismo hay que tener en cuenta que a dicho bien habría que sumar los específicamente mencionados en el art. 229.3 CP, el cual contempla un delito de peligro concreto para la vida, integridad personal e indemnidad sexual de los menores o incapaces abandonados.

2. *Sujetos activos*

El sujeto activo del delito de abandono de menores es «*la persona encargada de su guarda*» (art. 229.1 CP). Esta expresión equivale a la empleada en el art. 223 CP de «*tener a su cargo la custodia de un menor de edad o incapaz*». Si dicha persona fuese alguno de «*los padres, tutores o guardadores legales*» se agrava la pena (art. 229.2 CP). Por lo tanto, en el tipo básico no podrán incluirse a los padres, tutores y guardadores legales; y entre estos últimos se encuentran los acogedores familiares y residenciales, así como los llamados guardadores de hecho.

En efecto, sólo en un sentido no técnico-civil de la expresión se puede entender que el tipo básico comprende a los guardadores de hecho, pues si dicha expresión se equipara a los sujetos del art. 303 CC, éstos ya estarían incluidos en el tipo agravado¹⁷.

Como es sabido, bajo el concepto de guardador de hecho la doctrina civilista incluye a una especie de tutor de hecho, es decir, a aquél que ejerce la custodia sin tener la condición legal de tutor, pero la ejerce con las notas de generalidad y permanencia (por ejemplo, los abuelos que se hacen cargo de sus nietos tras el fallecimiento de sus padres)¹⁸. En cambio, si se tratara de actuaciones aisladas, el

¹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., n.m. 11.

¹⁷ En contra, entre otros, PRATS CANUT, M.: «Art. 229», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 575, quien lo ubica entre el tipo básico.

¹⁸ Otros ejemplos de guardador de hecho serían: tutor afectado de causa de inhabilitación no constatada o que ha incumplido los requisitos previos al ejercicio de su cargo; el ejercicio mantenido tras la remoción firme o la extinción de la tutela; una tutela irregularmente constituida o con algún vicio (por ejemplo, otro pariente preferente, nulidad del testamento en que se le designa, etc.); o la llamada tutela putativa.

supuesto habría que subsumirlo más bien en la gestión de negocios ajenos sin mandato (por ejemplo, quien se encuentra a un niño perdido y lo recoge).

Pues bien, para el tipo básico quedarían reservadas entonces aquellas personas que tienen la guarda material del menor o incapaz bien por delegación de los sujetos del tipo agravado (tal sería el caso, por ejemplo, de canguros fuera de casa, estancias en centros escolares o deportivos, internados educativos y hospitalarios, permanencias en casa de abuelos, otros parientes o amigos, viajes o actividades extraescolares o de ocio), bien por apoderamiento ilícito¹⁹ o bien por gestión de negocio ajeno sin mandato.

Como dice la STS 1138/2003, de 12 de septiembre: «el concepto *«encargado de su guarda»* ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz —art. 229—), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección»²⁰.

¹⁹ La STS 1016/2006, de 25 de octubre, condenó por abandono de menores al autor de un hurto de uso de vehículo a motor en el que se encontraba una niña de 3 años, abandonándolo luego en un lugar solitario.

En cambio, de modo muy discutible desde mi punto de vista, la SAP Valladolid (Secc. 4ª), 116/2010, de 11 de marzo, no apreció delito de abandono de menores en quien primero había cometido un delito de detención ilegal sobre una menor y posteriormente la dejó sola en un parque. Entiende esta resolución que el abandono no se daría, porque requiere que «el sujeto activo tenga encomendados unos deberes para con el menor propios de su tutela o guarda y que estos sean permanentes o prolongados en el tiempo, de modo que no es simple dejación, sino la interrupción maliciosa de su cumplimiento lo que se castiga». A este respecto cabe señalar que: 1) quien «se apropia» de un menor tiene el deber de velar por su indemnidad, convirtiéndose así en garante del mismo; y 2) el tipo penal no dice nada acerca del carácter permanente o prolongado del deber de guardar o custodiar al menor o incapaz. Además, dicha sentencia afirma que el abandono sería «el resultado, la fase de agotamiento, del delito de detención ilegal» y que «pertenece al iter del delito de detención ilegal». A este respecto, me parece que se está produciendo cierta confusión conceptual (entre lesión, resultado y agotamiento, que son conceptos dogmáticos distintos, por cierto, el agotamiento por definición queda fuera del tipo), pues es evidente que el abandono no forma parte de la fase de ejecución del delito de detención ilegal (encerrar o detener a otro privándole de su libertad). Es un hecho posterior, que en mi opinión no resulta copenado con la detención ilegal por afectar a bienes jurídicos diferentes.

²⁰ En el mismo sentido también, entre otras resoluciones, el AAP Barcelona (Secc. 3ª), 9/2011, de 3 de enero.

Es importante resaltar que todas estas personas, al asumir la custodia material del menor o incapaz, se colocan en posición de garante respecto de la seguridad de éstos. Y dicha posición se fundamenta tanto desde un punto de vista material, porque los menores e incapaces son personas especialmente vulnerables y dependientes de un adulto que les proteja, como desde un punto de vista formal, porque el deber de velar por ellos proviene de la propia ley (padres, tutores, guardadores), por contrato (delegación de éstos) o por ingerencia (apoderamiento ilícito o gestión de negocio ajeno sin mandato).

Por otra parte, aunque no faltasen razones de justicia material para incluir a las parejas de hecho entre los sujetos activos del tipo agravado, sin embargo el principio de legalidad lo impide. También parece discutible que, a través de la figura del guardador de hecho, se llegue a admitir tal posibilidad²¹. Esta persona sólo podría ser castigada por el tipo básico, siempre y cuando se diesen los demás requisitos, claro está.

3. *Sujetos pasivos y la falta del art. 618.1 CP*

Los sujetos pasivos son los «*menores o incapaces*». Nada particular hay que decir al respecto. No obstante, sí que conviene hacer alguna aclaración sobre la falta del art. 618.1 CP que se refiere también a los menores e incapaces.

El art. 618.1 CP sanciona dos conductas distintas: por un lado, una falta de abandono de menores o incapaces por omisión; y por otro, una falta de omisión del deber de socorro de menores o incapaces. La diferencia con los respectivos delitos estriba en la diferente situación típica de la omisión. Mientras que el art. 229 CP (que también se puede cometer por omisión) es un delito especial, la falta del 618.1 CP puede ser cometida por cualquiera, pues no requiere que la persona que lo comete se haya encargado de la guarda del menor; además, mientras que en el art. 229 son los sujetos activos quienes con su conducta crean la situación de abandono, en cambio, en el caso del art. 618.1 el sujeto activo se encuentra al menor o incapaz ya abandonado, omitiendo extraerle de esa situación mediante su pre-

²¹ En alguna ocasión, vulnerando flagrantemente el principio de legalidad, la jurisprudencia ha condenado por abandono de familia del art. 226 CP a la pareja de hecho del progenitor biológico del menor [por ejemplo, en la STS de 29 de octubre de 1991; y en la SAP Castellón (Secc. 3^a) 35/2003, de 10 de febrero].

sentación a la autoridad o a la familia. La segunda conducta prevista en el art. 618.1 se diferencia del delito de omisión del deber de socorro en que el menor no está en situación de peligro manifiesto y grave. Por ejemplo, creemos que podría realizar la conducta típica quien no hace nada de lo que demanda el art. 618.1 («no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran») al encontrarse a un menor en un «bottellón» con notables síntomas de embriaguez. Por otra parte, la relación entre ambas conductas consideramos que es de concurso aparente de leyes penales a resolver por subsidiariedad. Dependiendo de las circunstancias, en unos casos habrá que prestar primero el auxilio inmediato, en otros bastará con presentar al menor o incapaz a la autoridad o a su familia sin que la omisión de la otra conducta añada nada al contenido desvalorativo del hecho.

4. Conducta típica

La conducta típica consiste en el «abandono» del menor o incapaz. Las características que reúna ese abandono darán lugar a un tipo agravado (art. 229.3 CP) o a un tipo atenuado (art. 230 CP).

4.1. Tipo básico: Abandono definitivo

Una cuestión decisiva para determinar el objeto o materia de este tipo penal es cómo debe entenderse el abandono, pues de ello va a depender que hablemos de un delito de acción (prohibición) o de un delito de omisión (mandato)²².

Por abandono, a mi modo de ver, hay que entender el hecho de situar al menor o incapaz fuera del área de guarda, con la consiguien-

²² Como dice SUÁREZ MONTES, en sus *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ed. Rialp, Madrid, 1963, p. 33, que «El Handlungsunwert, o antijuridicidad, de la conducta que contradice un Verbot (delitos de comisión) consiste en ser lo contradictorio del Unterlassungswert, que es justamente el objeto de la norma prohibitiva: «tienes el deber de abstenerte de esas acciones». En la infracción de este deber de omitir (Unterlassungspflicht) radica la antijuridicidad. Lo cual quiere decir que obro conforme a las exigencias de los tipos penales si omito esas acciones prohibidas. Por el contrario, el desvalor del comportamiento omisivo (delitos de omisión), que contradice un Gebot, se funda en ser lo contrario del Handlungswert, que es justamente el objeto de la norma preceptiva: «tienes el deber de hacer ésto o aquéllo». Lo cual quiere decir que obro conforme a las exigencias de los tipos penales de los delitos de omisión, si realizo las acciones mandadas. A lo que obligan los Verboten es a una omisión; y los Geboten a una acción».

te situación de riesgo que esto comporta para él²³. El abandono, así concebido, convierte a este delito en un delito de resultado y de peligro concreto, pudiendo cometerse tanto por acción, como por omisión. El guardador puede cometer este delito alejándose del menor o incapaz o dejándole solo a su suerte; o también es posible cometerlo en comisión por omisión cuando el guardador no hace nada por evitar que el menor salga del área de su guarda o custodia²⁴.

Por el contrario, si por abandono se comprende además del abandono personal también el asistencial, esto es, la desatención o falta de cuidados del menor o incapaz, aunque éste se mantenga bajo la guarda del sujeto activo, entonces parece correcto concebirlo como delito de omisión²⁵. Este planteamiento tiene apoyo tanto en la doctrina²⁶ como en la jurisprudencia²⁷, sin embargo, a mi modo de ver, adolece de varios inconvenientes.

El principal inconveniente de esta interpretación es que se produce un solapamiento entre el tipo agravado de abandono de menores

²³ Sigo en este punto el planteamiento de DÍEZ RIPOLLÉS, «Arts. 229-233», *Comentarios...*, cit., n.m. 24, que por otra parte es minoritario en la doctrina.

²⁴ Como señalé antes, los supuestos en que el menor se encontrase ya abandonado, es decir, que nadie lo tiene bajo su custodia material, no pueden ser calificados como delito de abandono de menores del art. 229 CP, porque no se da un elemento del tipo como es que el sujeto activo sea «la persona encargada de su guarda». Estos supuestos habría que reconducirlos a la falta del art. 618.1 CP o en los casos más graves al delito de omisión del deber de socorro del art. 195 CP.

Por tanto, la comisión por omisión del abandono de menores sólo sería posible cuando no se impide que el menor se coloque en una situación de abandono, pero no cuando no se evite que el menor se mantenga en esa situación de abandono.

²⁵ El AAP Barcelona (Secc. 3^a), 9/2011, de 3 de enero, no consideró que hubiese abandono en el caso de una canguro que se fue a otra habitación para dar de mamar a un hijo de corta edad, dejando sola a una niña que tenía temporalmente a su cargo, dando lugar a que una tercera persona, que también habitaba en el mismo domicilio, abusase sexualmente de ella.

²⁶ Conciben este tipo penal como un delito de omisión impropia, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho penal español. Parte especial*, 18^a ed. (actualizada por Serrano Gómez), Ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 110 (por cierto, que este autor ubicaba este delito en la exposición de su Manual entre los delitos de peligro para la vida humana); y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte especial*, 18^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 328.

Lo conciben como un delito de omisión propia, entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en Vives Antón (dir.), *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 379; CUGAT MAURI, M.: «Delitos contra las relaciones familiares», en Córdoba Roda/García Arán (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 606; o GÓMEZ TOMILLO, RDPC 4 (2010), p. 187.

²⁷ Así, el *leading case* lo constituye la STS 1138/2003, de 12 de septiembre. La siguen, entre otras, las SSAP Cádiz (Secc. 8^a), 94/2011, de 21 de marzo; Madrid (Secc. 17^a), 500/2012, de 30 de marzo; Sevilla (Secc. 1^a), 13/2012, de 12 de enero; Sevilla (Secc. 4^a), 4/2012, de 9 de enero; Valencia (Secc. 5^a), 175/2010, de 9 de marzo.

del art. 229.2 CP y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia en el ámbito familiar del art. 226 CP, que dejaría vacío de contenido uno de los dos. La STS 559/2009, de 27 de mayo, los diferencia en función de la situación de desamparo que provoca el incumplimiento de los deberes de cuidado y protección del menor, de tal modo que si «*alcanza una singular relevancia*» se aplican entonces los arts. 229 y 230 CP²⁸. Sin embargo, no me parece correcto distinguir estos delitos de este modo. En primer lugar, distinguirlos en función de la «singular relevancia» de la situación de desamparo es bastante ambiguo y genera inseguridad²⁹. En segundo lugar, se puede decir que el art. 226 CP ya tiene en cuenta la relevancia de la situación de desamparo, pues cabe distinguir dos conductas diferentes: una, el incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, que constituye un delito de peligro hipotético o potencial; y otra, el dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, que constituye un delito de peligro concreto. Por tanto, el legislador parece que ya ha tenido en cuenta la relevancia de la situación de desamparo provocada o mejor dicho agravada por el incumplimiento de los deberes de asistencia y cuidado. En tercer lugar, si se distingue de este modo el abandono de menores del abandono de familia, luego resulta bastante complicado distinguir entre sí las dos figuras de abandono de menores (arts. 229 y 230 CP). En cuarto lugar, los requisitos de procedibilidad no son los mismos: en el delito de abandono de familia se requiere la previa denuncia del agraviado o de su representante legal (art. 228 CP); en cambio, el delito de abandono de menores es perseguible de oficio. Y en quinto lugar, si lo que se pretende es dar una respuesta punitiva más grave a los casos más relevantes de desatención o falta de cuidados, creo que esa severidad se podría conseguir apre-

²⁸ Así también, el AAP Cádiz (Secc. 8ª), 94/2011, de 21 de marzo, que confirmó el sobreseimiento por falta de dicha singular relevancia en un caso en que el denunciado se encontraba en un estado de embriaguez tal que le impedía dispensar a los menores los cuidados y atención necesarios, pero al ser advertida dicha situación de inmediato por familiares de la denunciante, los cuales actuaron con prontitud, haciéndose cargo de los menores y entregándolos a su madre, se consideró que esa momentánea situación de desamparo en que se encontraron los menores no llegó a alcanzar, por su escasa duración y por no haber entrañado riesgo o peligro alguno para los menores, los caracteres del delito de abandono de menores.

²⁹ Por ejemplo, la STS 730/2011, de 12 de julio, no consideró que tuviese especial relevancia dar pie a que un menor estuviese consumiendo cocaína continuamente durante tres meses, y consideró entonces que no había abandono, sino un ejercicio inadecuado de los deberes de patria potestad o guarda del menor, condenando por lo dispuesto en el art. 226 CP.

ciando un concurso de delitos entre el art. 226 CP y el delito de trato inhumano o degradante del art. 173 CP³⁰.

Por estos motivos me parece más adecuado interpretar el abandono de menores como abandono personal, y concebirlo como un delito de acción, que se puede cometer también por omisión³¹.

4.2. Tipo atenuado: Abandono temporal

El art. 230 CP atenúa la pena en un grado a las previstas en el artículo anterior si el abandono fuese «temporal». El criterio que se utiliza en la práctica para distinguir la conducta del art. 229 de la del 230 CP consiste en la duración del abandono³². Sin embargo, lo importante no debería ser lo que haya durado el abandono, sino si tiene fijado de antemano, por sus propias cualidades, un límite en su duración y no se trata de un abandono definitivo³³.

³⁰ Por ejemplo, el caso enjuiciado por la STS 2743/1992, de 11 de diciembre, consistente en permitir que la hija permaneciese encerrada en casa de la abuela durante 6 años en unas condiciones inhumanas (desnuda y atada al suelo con una cuerda). A nuestro modo de ver, en estos casos sería más correcto apreciar un concurso de delitos con el de trato inhumano o degradante del art. 173 CP, con unas detenciones ilegales del 165 CP y seguir calificándolo como abandono de familia del art. 226 CP y no de menores del art. 229 CP.

En contra de este parecer, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, RDPC 4 (2010), 188, quien descarta el concurso de delitos por la coincidencia de bienes jurídicos protegidos en el art. 173.1 y el art. 229, y porque acabaría suponiendo un injustificable privilegio punitivo aplicar el art. 173 frente al art. 229, que prevé una sanción más grave. Yo, sin embargo, entiendo que no se produciría ningún privilegio punitivo, porque admito un concurso de delitos dado que los bienes jurídicos son diferentes: integridad moral en uno y seguridad personal en otro.

³¹ La configuración de este tipo penal como un delito de omisión puede obedecer también a que se trata de un delito especial propio, y que los autores infringen un especial deber jurídico que a ellos compete. Sin embargo, insisto en que el art. 229 CP castiga a las personas por lo que hacen: «abandonar al menor de edad o incapaz» y no por lo que dejan de hacer, cosa que sí hace el art. 226 CP: «dejar de cumplir los deberes legales de asistencia... o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento...».

³² La SAP Málaga (Secc. 9ª), 355/2010, de 9 de julio, absolvió por no se pudo demostrar cuanto tiempo estuvo ausente, ni tampoco si hubo voluntad de abandono.

³³ Por ejemplo, el hecho de dejar solas en su casa a las cuatro hijas mientras la madre se va de viaje desde Mollerusa hasta Madrid es un abandono temporal, aunque el viaje durase algunos días [así la SAP de Lérida (Secc. 1ª), 407/2007, de 13 de diciembre]; o echar de casa a un menor tras una discusión [así lo consideraron las SSAP Madrid (Secc. 16ª), 28/2012, de 16 de enero; Málaga (Secc. 2ª), 430/2009, de 11 de septiembre]. Es abandono temporal dejar a los hijos solos para irse de fiesta [SAP Madrid (Secc. 17ª), 500/2012, de 30 de marzo]; también dejarlo solo en el coche [SAP Valencia (Secc. 5ª), 175/2010, de 9 de marzo].

En la SAP Soria (Secc. 1ª), 6/2010, de 15 de enero, se absolvió por falta de dolo.

En conclusión, el abandono propio de menores o incapaces se trata de un delito especial propio, eventualmente permanente, pluri-subjetivo aparente, de acción, de resultado, de peligro concreto y doloso.

4.3. *Tipo agravado: Abandono con resultado de peligro concreto*

La situación de abandono personal supone ya un peligro para la seguridad de estas personas debido a su propia vulnerabilidad (la cual puede variar según la edad o la discapacidad)³⁴. Pero si de ese abandono se derivase un resultado de peligro concreto para la vida, salud, integridad física o indemnidad (la ley menciona incorrectamente la libertad) sexual³⁵ del menor o incapaz, entonces, se aplicaría el tipo agravado del art. 229.3 CP.

Este tipo agravado proviene de las tradicionales figuras de delitos cualificados por el resultado que existían en el anterior CP. Concretamente los arts. 488 y 489 del CP/1944 agravaban la pena para el supuesto de que del abandono o de la entrega indebida del menor resultase su muerte o se pusiese en peligro concreto su vida. Como es sabido, gracias a que la legislación española se recondujo al principio de responsabilidad subjetiva al exigir que el resultado cualificante fuese imputable al autor, al menos, a título de culpa (art. 1 párr. 2º ACP tras la reforma llevada a cabo por LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal), ya no resultaba suficiente la mera causación para que pudiesen ser imputadas las formas agravadas, sino que tales resultados tendrían que ser imputables al autor tanto objetiva como subjetivamente. De este modo, las tradicionales figuras de delitos cualificados por el resultado se convirtieron en tipos complejos o compuestos, suponiendo una loable mejora desde el punto de vista del respeto al principio de culpabilidad. Sin embargo, este cambio de naturaleza —como se advirtió por parte

³⁴ Como decía PRATS CANUT, M.: «Artículo 229», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios a la PE*⁸, p. 575, «debe seguir reclamándose la idoneidad del abandono para que sea eficaz en orden a poner en peligro los derechos subjetivos del menor, es por ello que también debe valorarse la edad del mismo, no siendo equiparables las situaciones de menores de poca edad, de aquellos que se encuentran en el umbral de la mayoría de edad». En el mismo sentido, TORRES ROSELL, «Artículo 229», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios al CPE*⁶, p. 1446.

³⁵ Véanse, por ejemplo, los hechos juzgados por la SAP Sevilla (Secc. 4ª), 4/2012, de 9 de enero.

de la doctrina— supuso a la vez ciertos problemas en cuanto a la penalidad prevista para dichos tipos³⁶.

El art. 229.3 CP obedece a esta transformación, configurándose así como un tipo compuesto³⁷, integrado por una primera parte que constituye el abandono del menor o incapaz (aparts. 1 y 2 del art. 229 CP) y por una segunda parte que vendría a ser un delito específico de peligro concreto para la vida, salud, integridad física o indemnidad sexual del menor o incapaz. El tipo agravado trataría así de proteger también estos otros bienes jurídicos adelantando la intervención penal a una fase previa a la lesión y para ello se contentaría con la simple puesta en peligro concreto de los mismos.

Ahora bien, dicho resultado tiene que ser también objetiva y subjetivamente imputable al autor³⁸, de tal modo que, si, por ejemplo, una madre abandona a su bebé en un portal y espera cerca hasta que otro se haga cargo de él y dicha persona más tarde lo abandona en

³⁶ Dice SUÁREZ MONTES: «no se ha tenido en cuenta que el recurso a los tipos complejos, con la inherente mixtificación delictiva, ha de ejecutarse con tanta flexibilidad como sea necesaria para que puedan hallar reflejo en el tipo complejo los diferentes grados y matices de gravedad, tanto objetiva como subjetiva, de cada uno de los delitos que lo componen» (CLP t. V vol. 1º, p. 49). Concluye este autor proponiendo *de lege ferenda* la adaptación de los delitos cualificados por el resultado a través de dos vías: «o se mantienen las tipificaciones especiales, pero ajustándolas en estructura y penalidad a las exigencias del principio conforme se ha expuesto, o —si se entiende que son de dudosa justificación— proceder a su supresión» (CLP t. V vol. 1º, p. 51). En el CP/1995 se ha seguido esta segunda opción, pero una excepción a regla general ha sido este art. 229.3 CP.

³⁷ Así lo configura, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, «Arts. 229-233», *Comentarios...*, n.m. 43.

Los tipos compuestos se pueden definir como aquellos que se integran por diversas acciones, que no necesariamente son delictivas cada una de ellas, cosa que sí requieren los tipos complejos. En aquellos una de las acciones puede ser por sí sola delictiva y la otra no, como sería el caso del art. 229.3 CP, ya que no existe un delito genérico de querer poner en peligro la vida de las personas, ni tampoco de la salud, ni de la integridad física, ni de la indemnidad sexual. Incluso el delito compuesto puede formarse a partir de varias acciones que por separado no serían típicas y sólo su conjunción crea el delito, como el delito de reuniones o manifestaciones ilícitas con armas del art. 513.2 CP (véase al respecto, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte general I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 311).

³⁸ Puesto que no está prevista la comisión por imprudencia de ninguno de estos delitos, por imperativo del art. 12 CP sólo sería aplicable este tipo agravado si concurre dolo, en cualquiera de sus modalidades, respecto del resultado de peligro para los bienes jurídicos mencionados (dolo de peligro).

No comparto la opinión de TORRES ROSELL, quien considera que «el precepto no exige que el peligro haya sido generado por el propio responsable del abandono, sino que el mismo derive de las circunstancias del abandono» (*Comentarios al CPE*⁶, p. 1446).

una situación que provoca un riesgo para la salud del bebé (*verbi gratia*, en un contenedor de basura), este resultado de peligro concreto no sería imputable a la madre y, por tanto, no se le aplicaría el tipo agravado.

Aunque en términos de política criminal se pueda discutir la existencia de tipos cualificados por el resultado de peligro, sin embargo, evidentemente el legislador lo ha previsto en este caso y estimo que por la importancia de los bienes en cuestión y sobre todo por la vulnerabilidad de sus titulares, esta decisión tecnico-legislativa de haber mantenido este tipo compuesto está justificada. Incluso con el contexto socio-económico que he expuesto al principio de este trabajo, creo que estaría aun más justificada tal decisión. Cuestión distinta es si la previsión de pena resulta técnicamente correcta o no.

5. Concursos

El delito de abandono de menores presenta una gran complejidad en materia de concursos³⁹, sobre todo en lo que se refiere a su relación con otros delitos (concurso heterogéneo), aunque no tanto sobre la posible concurrencia de varios delitos de abandono (concurso homogéneo).

1. Empezando por este último supuesto, si el bien jurídico protegido se concibe —como he mantenido— desde un punto de vista material, cuando el abandono afecte a varios menores o incapaces estaríamos ante un concurso ideal de delitos. En cambio, si el bien jurídico se configura en términos formales, habría un único delito⁴⁰.

2. En cuanto a las relaciones con otros delitos, me voy a detener en tres cuestiones: a) la relación con el delito de inducción a un me-

³⁹ Realizan un examen exhaustivo de las relaciones concursales del delito de abandono de menores, a los que me remito, DÍEZ RIPOLLÉS, «Arts. 229-233», en *Comentarios...*, n.m. 92 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, RDPC 4 (2010), pp. 175 y ss., entre otros.

⁴⁰ Por cierto, esta solución es la que suele ser mantenida por la Jurisprudencia en el ámbito del abandono de familia [así, por ejemplo, la SAP Barcelona (Secc. 8ª), 1198/2002, de 9 de diciembre, que condenó por un único delito, aunque el padre incumplió los deberes con respecto a sus tres hijos; o la SAP Soria, 60/2001, de 2 de noviembre, que condenó al padre que fomentó repetidamente el consumo de alcohol y tabaco a sus dos hijos menores; por cierto, en concurso con abusos sexuales respecto de uno de ellos].

En el ámbito del abandono de menores, la STS 495/2010, de 24 de abril, que confirma la SAP Ciudad Real (Secc. 2ª), 22/2009, de 16 de junio, aplicó también un único delito en un caso en que el acusado, además de maltratar y asesinar a su esposa, dejó solos y desatendidos a sus 10 hijos.

nor al abandono del domicilio del art. 224 CP; b) la delimitación con el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia o sustento del art. 226 CP; y, por último, c) cómo resolver la cuestión de si el peligro generado por el abandono del menor llega a materializarse en un resultado lesivo, cosa que está estrechamente relacionada con el tipo agravado del art. 229.3 CP, que acabamos de examinar.

- a) La delimitación con el delito de inducción al abandono del domicilio se encuentra en el círculo de los sujetos activos. El art. 224 CP es un delito común, que puede ser cometido por cualquiera, sin embargo, hay que excluir de su ámbito de tipicidad a las propias personas que están ejerciendo la guarda material de los menores o incapaces, las cuales responderían, en su caso, por las correspondientes figuras de autoría del delito de abandono de menores en comisión por omisión. En este caso se las castigaría no por lo que han hecho (inducir al menor a abandonar el domicilio), sino por lo que han dejado de hacer (no impedir que el menor se aleje del domicilio)⁴¹. Por tanto, considero que la relación entre los arts. 224 y 229 CP sería de subsidiariedad del primero respecto del segundo⁴².
- b) La delimitación típica entre el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia y sustento del art. 226 CP y el delito de abandono de menores del art. 229.2 CP ya hemos visto que reviste enorme complejidad, lo cual, como es lógico, repercute también en la relación concursal entre ambos. Puesto que los he diferenciado según que el abandono sea meramente asistencial o suponga un abandono personal, considero que no puede haber una concurrencia simultánea de ambos preceptos: si se mantiene la guarda, pero hay abandono asistencial, se aplica el art. 226 CP; si no se mantiene la guarda, se haya producido o no ya antes abandono asistencial, se aplica el art.

⁴¹ El TS en alguna ocasión ha admitido, a mi modo de ver de modo discutible, la posibilidad de cometer el delito del art. 224 en comisión por omisión (STS 377/2004, de 25 de marzo). En mi opinión, resulta más apropiado reconducir estos supuestos al delito de abandono de menores o incapaces en comisión por omisión, si es que se dan, como es lógico, sus requisitos.

⁴² Con carácter general, siguiendo a SANZ MORÁN en *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Ed. Universidad de Valladolid, 1986, p. 124, se puede decir que las formas de participación son subsidiarias de las de autoría, y el art. 224 CP no deja de ser una forma de participación (inducción) en un hecho ajeno (abandono del domicilio por parte del menor). En cambio el art. 229 CP incrimina una genuina forma de autoría: el abandono lo realiza, ya sea por acción o por omisión, quien está encargado de la guarda del menor.

229.2 CP. Lo que sí son imaginables son supuestos que comienzan como un abandono asistencial continuado, pero que acaban en un abandono personal. En mi opinión, en estos casos nos encontraríamos ante un supuesto de progresión delictiva⁴³, en el que resultaría aplicable exclusivamente el art. 229.2 CP, pudiendo dar lugar al tipo agravado (art. 229.3 CP), si de la situación de desamparo asistencial ya existente, al abandonar al menor también personalmente, se acaba poniendo en peligro su vida, salud o integridad física.

- c) Por lo que se refiere a cómo resolver la cuestión de la materialización del riesgo generado por el abandono en un resultado lesivo más grave habría que pensar, en principio, que la configuración de este delito como un delito de peligro llevaría a la conclusión de entender que el correspondiente resultado (lesiones, detenciones ilegales, ataque a la integridad moral, a la indemnidad sexual) absorbería el correspondiente peligro generado por el abandono del menor o incapaz del art. 229 CP. Sin embargo, para resolver correctamente esta cuestión se debe tener en cuenta el tipo agravado del art. 229.3 CP, que además contiene una cláusula concursal para tratar de resolver estos supuestos («*sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave*»). Lo que la ley quiera decir con esta expresión no está claro. Parece que lo que pretende es conseguir cierta flexibilidad de la pena para adecuarla a los diferentes grados y matices de gravedad, tanto objetiva como subjetiva, en una estructura típica compuesta como la del art. 229.3 CP. En este sentido, dicha expresión vendría a ser una cláusula abierta, que unas veces permitiría acudir al concurso de delitos y en otras al concurso aparente de leyes penales.

A primera vista tal cláusula pudiera dar a entender que debe apreciarse un concurso de delitos, sin embargo, no parece que sea esa la solución correcta si el abandono se produce precisamente con el propósito de privar la vida del menor o incapaz (dolo de matar), en cuyo caso el abandono no es más que una parte de la dinámica co-

⁴³ Mientras que el art. 229.2 CP es un delito de peligro concreto, el art. 226 CP contiene dos conductas: una de peligro abstracto (incumplimiento de los deberes legales de asistencia) y otra de peligro concreto (dejar de prestar la asistencia necesaria para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados). La peligrosidad de la conducta del abandono personal de un menor o incapaz entiendo que absorbe la peligrosidad de su abandono asistencial.

misiva del delito doloso⁴⁴. Estos casos habría que calificarlos como asesinato u homicidio, con la agravante de parentesco, en comisión por omisión, con dolo directo o eventual, consumado⁴⁵ o en grado de tentativa⁴⁶. Conforme a ello, en estos casos la cláusula concursal sería una especie de fórmula de subsidiariedad expresa⁴⁷. En cambio, en el caso de que la lesión fuese imputable a título de imprudencia, dado el distinto desvalor de acción de uno y otro delito, parece que haría aconsejable recurrir al concurso de delitos. Sin embargo, puede resultar que las penas previstas para el concurso de delitos (entre la primera parte del tipo compuesto del art. 229.3 CP, que se corresponde a los tipos de los arts. 229.1 y 2 CP, y la segunda parte de dicho tipo compuesto, que sería el delito de lesión correspondiente, por ejemplo, los arts. 142, 152 ó 621 CP) sea inferior ya a la del tipo agravado de abandono del art. 229.3 CP. En este caso, parece que aquella expresión permitiría ser interpretada como una cláusula de alternatividad⁴⁸, que permitiese imponer la pena más grave de entre esta alternativa: la del concurso ideal de delitos entre los arts. 229.1 ó 2 CP y el correspondiente delito de lesión, por un lado, y por otro, la del art. 229.3 CP. Incluso yo no descartaría tampoco el concurso de delitos con el tipo agravado del art. 229.3 CP, siempre y cuando la lesión producida no comprenda todo el peligro concreto generado por el abandono, que puede ser, recordemos: peligro para la vida, salud, integridad física o indemnidad sexual.

6. Abandono impropio de menores o incapaces.

La regulación del abandono de menores o incapaces se cierra con otras dos figuras delictivas, que aunque no son exactamente abandonos, se las puede incluir bajo tal denominación empleándola en un sentido impropio. El art. 231 CP castiga la entrega indebida de menores o incapaces, y el art. 232 CP su utilización para la mendicidad.

⁴⁴ Así lo advierte, entre otros, MUÑOZ CONDE, *PE*¹⁸, p. 329.

⁴⁵ Por ejemplo, la STS 2862/1993, de 21 de diciembre.

⁴⁶ Por ejemplo, el ATS de 11 de mayo de 2001, en que se juzgó el haber abandonado a un niño recién nacido en una escombrera durante una noche fría y lluviosa.

⁴⁷ Así la interpreta, por ejemplo, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «Delitos contra las relaciones familiares», en Bajo Fernández (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Ed. CEURA, Madrid, 1998, p. 332.

⁴⁸ Como hace, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, «Arts. 229-233», en *Comentarios...*, n.m. 96.

6.1. *Entrega indebida de menores o incapaces*

El art. 231 CP, del cual, por cierto, no tengo constancia de que se haya aplicado alguna vez, castiga una mera infracción formal del deber educacional, carente de cualquier contenido material de lesividad para los menores o incapaces, o todo lo más muy escaso, que es quizás lo que explica la pena tan leve que tiene (multa de 6 a 12 meses). Se castiga simplemente un traspaso no autorizado de la crianza y educación por la persona que venía ejerciéndolas a otra, que puede ser incluso un establecimiento público (entendido como aquel organismo público encargado de la protección de menores o incapaces, art. 172 CC). Como ha podido advertir la doctrina, la entrega a otra persona no tiene por qué comportar un riesgo para el menor o incapaz. Esta posibilidad parece absurda en el caso de los establecimientos públicos, y aunque posible en el caso de entrega a otro particular, no haría falta haberlo previsto expresamente, pues estas conductas se podrían reconducir fácilmente a otros delitos contra los derechos y deberes familiares, en tanto que al haber asumido el sujeto activo la crianza o educación del menor o incapaz se le podría considerar como su guardador. Sin embargo, no siendo esto suficiente y de modo similar a lo dispuesto en el art. 229.3 CP, se ha previsto para este delito un tipo agravado de peligro concreto para la vida, salud, integridad física o indemnidad sexual del menor o incapaz.

6.2. *Utilización de menores para la mendicidad*

Como último delito contra las relaciones familiares, se ha previsto en el art. 232 CP la utilización o el préstamo de menores o incapaces para la mendicidad, agravándose la pena si, con tal finalidad, se trafica o se emplea violencia o intimidación con ellos, o también si se les suministra sustancias perjudiciales para su salud.

La práctica de la mendicidad en sí puede constituir, en algunos casos, infracción administrativa⁴⁹, pero nunca infracción penal. A diferencia de lo que sucedió en el pasado (recordemos la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 o la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación So-

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los arts. 34 a 37 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona de 24 de enero de 2006, de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona; o los arts. 10 y 11 de la Ordenanza del Ayuntamiento de Oviedo de 28 de mayo de 2010, de Convivencia Ciudadana (publicada en el BOPA 136, de 14 de junio de 2010).

cial de 1970), cuando se declaró en estado de peligrosidad social a los mendigos habituales y a los que vivieren de la mendicidad ajena, hoy en día sería inconstitucional semejante intervención penal⁵⁰.

El contenido de injusto de este delito se puede cifrar en la lesión de la dignidad del mendicante, el cual es instrumentalizado para la obtención de limosna⁵¹; pero tampoco conviene perder de vista la afectación que se produce a la seguridad del menor o incapaz, en lo que se refiere a su formación, desarrollo e integración social⁵².

En cuanto a la conducta típica consiste en utilizar o prestar a menores para la práctica de la mendicidad. No es necesario que cometan este delito los padres, tutores o guardadores, sino que puede ser cometido por cualquiera; es decir, se trata de un delito común. Por mendicidad hay que entender aquella actividad consistente en suplicar la entrega de dinero o cosas de primera necesidad invocando la generosidad ajena ante una situación de necesidad (real o ficticia, lo cual permitiría apreciar también una estafa si se dieran los requisitos típicos de la misma⁵³). En principio, dicha entrega es a título gratuito, sin embargo el art. 232 CP incluye también la mendicidad «encubierta», lo cual comprende también aquellas solicitudes a cambio de alguna contraprestación innecesaria, improcedente o desproporcionada, como por ejemplo tocar música en la calle⁵⁴, la venta de pañuelos⁵⁵ en un semáforo o la limpieza de cristales, etc. Sin embargo, no se considera mendicidad una solicitud puntual de limosna (por ejemplo, para costearse un desplazamiento en transporte público), pues se exige que la utilización de los menores o incapaces sea para la «práctica de la mendicidad». Este requisito ha sido interpretado por doctrina y ju-

⁵⁰ *Mutatis mutandi* también juzgo inconstitucional la prohibición general de la práctica de la mendicidad prevista en el art. 15.1 de la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Valladolid de 6 de marzo de 2012, de Protección de la Convivencia Ciudadana y Prevención de Actuaciones Antisociales (publicada en el *Boletín Oficial de la Provincia de Valladolid* nº 76, de 31 de marzo de 2012, pp. 17 y ss.). El citado precepto declara que «Quedan prohibidas las conductas que adopten cualquier forma de mendicidad en las vías y espacios públicos», siendo calificada su infracción como leve (art. 25), pudiendo llegar a ser sancionada con multa de hasta 750 € (art. 26.1).

⁵¹ Así lo conciben las SSTS 548/1999, de 12 de abril; y 1731/2000, de 10 de noviembre.

⁵² Resalta este aspecto, entre otras, la SAP Alicante (Secc. 3ª), 422/2005, de 15 de septiembre. MUÑOZ CONDE, *PE*¹⁸, p. 331, en cambio, lo sitúa en un segundo plano, por detrás del menoscabo a la dignidad humana.

⁵³ Tal podría ser el caso, aunque no se planteó, de las SSAP La Coruña (Secc. 6ª), 24/2010, de 19 de abril; y Valencia (Secc. 4ª), 142/2008, de 21 de abril, en que los menores fingían ser sordomudos.

⁵⁴ Como en la SAP Madrid (Secc. 7ª), 837/2010, de 10 de octubre.

⁵⁵ Como en la SAP Madrid (Secc. 3ª), 192/2011, de 16 de mayo.

risprudencia en el sentido de que exista cierta reiteración en la conducta, aunque sin llegar a la habitualidad⁵⁶. Pero, como dije antes, no se castiga la práctica de la mendicidad en sí, sino a aquellas personas que «*utilizan*» o «*prestan*» a los menores o incapaces para la misma. Pues bien, utilizar es aprovecharse o servirse de ellos para motivar la generosidad ajena; y prestar es entregarlos a otra persona para que los utilice con dicha finalidad (delito de resultado cortado). Por tanto, mientras «*utilizar*» supone que los menores o incapaces ya experimentan la lesión del bien jurídico protegido, «*prestar*» viene a significar una puesta en peligro concreto del mismo⁵⁷.

Por otra parte, la redacción del precepto es ambivalente en cuanto a si la mendicidad la tienen que practicar los menores o incapaces o es posible que un adulto capaz sea quien mendigue y solamente se sirva de la presencia de ellos para motivar la generosidad ajena. A pesar de que los Tribunales han considerado atípica la acción de mendigar acompañado de menores cuando éstos no intervienen en la recaudación del dinero⁵⁸, a mi modo de ver existen razones más que sobradas para admitir las dos posibilidades⁵⁹. En primer lugar, la realidad criminológica demuestra que es un caso muy frecuente servirse de la presencia de los menores para mendigar. En segundo lugar, consideramos que en ambos supuestos se afecta tanto a su dignidad como a su formación, desarrollo e integración social. Y en tercer lugar, de aceptarse dicha jurisprudencia no se podría aplicar el art. 232.2 CP en el caso, por ejemplo, de que se drogue a un bebé para que no lllore mientras el adulto lo tiene en sus brazos y pide limosna. Y es que los tipos del art. 232.2, aunque la conducta consista en traficar o en emplear violencia o intimidación con ellos, o en suministrarles sustancias perjudiciales para la salud, resulta preciso que concorra la intención de llevar a cabo luego la conducta descrita en el apartado 1. Por tanto, lo que se diga respecto de la conducta de utilización o de préstamo de menores para la práctica de la mendicidad, va a determinar también el ámbito de lo punible del apartado 2.

⁵⁶ Así, entre otras, las SSAP Alicante (Secc. 2ª), 511/2010, de 1 de julio; Barcelona (Secc. 10ª), 927/2004, de 29 de septiembre; Córdoba (Secc. 3ª), 61/2011, de 3 de marzo.

⁵⁷ Así lo entiende, entre otros, Díez Ripollés, «Arts. 229-233», en *Comentarios...*, cit., n.m. 68.

⁵⁸ Sentó este criterio la STS 1731/2000, de 10 de noviembre; siendo seguida después, entre otras muchas, por las SSAP Alicante (Secc. 2ª), 511/2010, de 1 de julio; Barcelona (Secc. 2ª), 134/2012, de 9 de febrero; Madrid (Secc. 1ª), 555/2009, de 17 de diciembre; Madrid (Secc. 3ª); 420/2009, de 8 de octubre; Madrid (Secc. 7ª), 662/2008, de 15 de julio; Murcia (Secc. 5ª), 101/2006, de 30 de noviembre.

⁵⁹ Comparte también esta opinión Torres Rosell, «Artículo 232», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios al CPE*⁶, p. 1452.

La agravación de la pena que se produce en las modalidades del art. 232.2 CP está justificada porque comportan un mayor contenido de injusto que las del apartado 1, y ello aunque aquéllas puedan ser conductas preparatorias de éstas. La mayor gravedad estriba en el aumento del desvalor de resultado al verse afectados otros bienes jurídicos, como sucede en el caso del empleo de violencia⁶⁰, intimidación o suministro de sustancias perjudiciales (tipos agravados de las modalidades del apartado 1); o bien porque se incrementa el desvalor de acción (tráfico), al tener la conducta una mayor peligrosidad. En efecto, el tráfico comporta que los menores o incapaces se vean inmersos dentro de una estructura organizada de carácter permanente dirigida a la obtención de un beneficio económico, con lo que el peligro para ellos es mucho mayor. Esto convierte a la modalidad de tráfico de menores para la mendicidad en un tipo autónomo respecto de los otros, y en el caso de concurrir junto a las otras (tanto las modalidades básicas del apartado 1 como las agravadas del apartado 2) habría que apreciar un concurso de delitos entre todas ellas.

Esta modalidad autónoma de tráfico de menores para la mendicidad quedará absorbida en aquellos casos en que fuese de aplicación ya el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP, introducido por LO 5/2010, de 22 de junio⁶¹, pero no las otras formas de utiliza-

⁶⁰ Véase la STS 549/1999, de 12 de abril.

⁶¹ Así lo entiende POMARES CINTAS, P.: «El delito de trata de seres humanos», en Álvarez García, F.J. (dir.): *Derecho penal español. Parte especial*, t. I, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 573. No obstante, conviene advertir con esta autora, que «por su ubicación en el apart. a) del art. 177 bis.1 CP, debemos entender la actividad de pedir limosna como forma de explotación similar a las anteriores, siempre que comparta las notas comunes que se han señalado. No sólo debe revestir, en sentido material, naturaleza laboral, también debe manifestar similar severidad en el sentido del delito de trata: imposición de la condición de trabajador y disponibilidad respecto de la persona para quien se realiza el servicio. Por ello, atendiendo a estas características, no era necesaria la inclusión específica de la explotación de la mendicidad porque podría encuadrarse en cualquier de las modalidades de esclavitud o prácticas similares a ella (servidumbre, trabajos o servicios forzados). Probablemente se ha introducido para despejar dudas sobre la naturaleza laboral del ejercicio de la mendicidad como modalidad de explotación» [POMARES CINTAS, E.: «El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral», RECPC 13-15 (2011), p. 22]. El art. 2.3 Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, también incluye expresamente la mendicidad como modalidad de trabajo o servicios forzados. Según esta Directiva, «la mendicidad forzosa debe entenderse como una forma de trabajo o servicio forzoso según la definición del Convenio 29 de la OIT, relativo al trabajo forzoso u obligatorio, de 1930. Por lo tanto, la explotación de la mendicidad, incluido el uso en la mendicidad de una persona dependiente víctima de la trata, solo se incluye en el ámbito de la definición de trata de seres humanos cuando concurren todos los elementos del trabajo o servicio forzoso».

ción de menores para la mendicidad, que entrarán en concurso de delitos con el art. 177 bis CP. No comparto, pues, la opinión manifestada por algún autor, en el sentido de que «la utilización del menor para la práctica de la mendicidad, con fines explotadores, mercantilistas o lucrativos, convierten la acción como constitutiva de delito de trata de seres humanos, decayendo, por consunción y por especialidad de la norma, su persecución como delito de utilización de menores para la práctica de la mendicidad, resolviéndose el eventual concurso de delitos a favor de las previsiones del art. 177 bis CP»⁶². Antes al contrario, creo que tiene razón POMARES CINTAS cuando señala que la cláusula concursal prevista en el apart. 9 del art. 177 bis CP obliga a apreciar un concurso de delitos entre la trata de personas como tipo autónomo, por un lado, y las conductas de explotación de la víctima, por otro, entre las que se encuentran las conductas de utilización de menores para la mendicidad del art. 232 CP⁶³, aunque ello evidencie —advierte esta autora— «una situación paradójica derivada de la falta de coherencia interna del Código penal», debido a que «los delitos a través de los que se manifiesta efectivamente la explotación de la víctima de la trata son castigados con menor pena que la del delito de trata»⁶⁴.

⁶² NIETO GARCÍA, A.J.: «Concurso penal de la trata de seres humanos y utilización de menores como mendigos», *La Ley* n.º 7867 (28 de mayo de 2012). TORRES ROSELL también considera que hay un concurso aparente de normas, pero a resolver por alternatividad [«Artículo 232», en Quintero Olivares (dir.): *Comentarios al CPE*⁶, p. 1453].

⁶³ POMARES CINTAS, en Álvarez García (dir.): *Derecho penal español. Parte especial*, t. I, 2ª ed., p. 571.

⁶⁴ POMARES CINTAS, RECPC 13-15 (2011), p. 24. En otras palabras, «se castiga más la recluta, traslado o recepción de personas dirigidos a un objetivo explotador posterior (mediante los procedimientos típicos o, sin ellos, en caso de menores de edad), que el obligarlas a soportar una situación de esclavitud, o prácticas similares» (pp. 24-25). Esta autora advierte con razón que «el delito de trata de seres humanos plantea la necesidad de dar respuesta específica a las citadas conductas que se prevén como el destino de las víctimas de la trata, pues, de lo contrario, el tratamiento penal de la explotación laboral efectiva tendrá menor relieve que el propio desplazamiento o traslado de las personas orientados a ese fin. Igual conclusión cabe sostener respecto a las víctimas de trata menores de edad: se le protege más cuando son objeto de desplazamiento, acogida o captación para los fines de explotación laboral en los términos previstos, pero no cuando son efectivamente explotados» (p. 26). Por tanto, concluye, «las formas de explotación del trabajo expresamente contempladas en el delito de trata deberían tener, por su especial severidad, una respuesta penal como modalidades de trato degradante por constituir un grave menoscabo de la integridad moral de la persona en su condición de tal (art. 173.1 CP)» (p. 26).

7. Disposiciones comunes al abandono propio e impropio de menores

La Secc. 3^a del Cap. III del Tít. XII finaliza con un precepto, el art. 233 CP, que contiene una serie de disposiciones comunes a los delitos de abandono de menores (arts. 229 a 232). Hay que llamar la atención sobre el hecho de que estas disposiciones sólo se refieren a los menores, habiendo dejado fuera, sin razón alguna que lo justifique, a los incapaces. Dichas disposiciones son:

1^a. Se puede imponer, si se estima oportuno, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar. Compárese con el art. 226.2 CP, el cual no incluye la curatela. Llama la atención que se haga referencia a la curatela, pues ésta sólo afecta a los incapaces o incapaces parciales a los cuales no se refiere el art. 233 CP. He aquí otro argumento más para decir que la omisión de los incapaces ha sido una errata del legislador.

2^a. Si los delitos fuesen cometidos por funcionario público encargado de la protección de los menores (art. 172 CC), preceptivamente se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Esta posibilidad no obedece a que el responsable sea simplemente funcionario público y tenga un menor a su cuidado, sino a que entre las responsabilidades que comporta su cargo se encuentra específicamente la de ostentar la guarda del menor desamparado.

3^a. Con la finalidad de que los menores no queden en situación de desamparo y en correspondencia con lo previsto en el art. 249 bis CC que impone al Ministerio Fiscal la obligación de velar por los intereses de los menores, éste instará de la autoridad competente las medidas necesarias para protegerlos⁶⁵.

⁶⁵ Véase la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Según la Disp. Final 6^a del CP, este apart. 3 del art. 233 CP tiene carácter de ley ordinaria.