

## 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

MANUEL GÓMEZ TOMILLO

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

**Abstract:** El trabajo analiza las conductas omisivas que, dentro del sistema penal español, tienen a personas mayores como sujetos pasivos. Se centra, pues, en lo que el Código Penal denomina delitos contra las relaciones familiares y, más concretamente, en los delitos de los artículos. 226, 229, 230 y en la falta del artículo 619. Tras un análisis del alcance del tipo de los citados preceptos, se profundiza tanto en las conflictivas relaciones concursales que mantienen entre ellos, como en las que mantienen con otros delitos y, singularmente, con los de omisión de socorro de los artículos 195 y 196 del Código Penal. El trabajo concluye con el examen de los casos en los que, de alguna manera conexo con el abandono, se produce un resultado lesivo.

**Palabras clave:** abandono ancianos; delitos contra las relaciones familiares; dignidad de la persona.

**Abstract:** The work analyzes criminal omissions, which have old persons as victims. Those crimes are in the articles 226, 229, 230 and

---

<sup>1</sup> El presente artículo coincide sustancialmente con mi intervención en el Curso de Formación de Fiscales, «Violencia, abuso y maltrato de personas mayores: perspectiva jurídico penal» organizado por el Centro de Estudios Judiciales, en Valladolid, los días 6 y 7 de octubre de 2009.

619 of the Spanish Penal Code. Special attention is given to the relationships between those penal norms and others like the ones that include a duty to rescue (articles 195 and 196 of the Spanish Penal Code). The work concludes with the examination of the cases in which, somehow connected with the abandon, a harmful result takes place.

## 1. Planteamiento. Referencia a la cuestión del bien jurídico protegido

El presente trabajo se ceñirá a conductas de carácter omisivo que tienen a personas mayores como sujetos pasivos. Resulta llamativa la escasez de estudios específicos en la literatura científica española, con alguna significativa excepción que citaremos. La situación contrasta tanto con el progresivo envejecimiento que experimenta la población española, el dato criminológico del incremento de delitos que tienen como víctimas a personas de la tercera edad, como, finalmente, con algunas propuestas científicas, probablemente injustificadas, de crear un Derecho penal de la ancianidad.

La legislación penal cuenta con un amplio conglomerado de normas susceptibles de ser aplicado a los casos citados. Resulta significativo que la mayor parte de tales tipos penales pueden tener potencialmente como sujetos pasivos tanto a ancianos como a menores, con la única excepción, en lo que alcanzo a ver, de la falta del art. 619. Que el legislador piense más en los niños que en los ancianos genera no pocas distorsiones<sup>2</sup>.

Sea como fuere, lo numeroso de los instrumentos legales en la materia impide hacer un estudio detallado, por lo que tan sólo haré un somero repaso, haciendo especial hincapié en las relaciones concursales entre ellos, para finalmente, analizar los casos en los que, como consecuencia del abandono se produce un resultado negativo para la vida o la salud de la persona mayor.

Como punto de partida, descartamos la utilización en los supuestos a los que me refiero tanto del art. 173.1 como del art. 173.2. En cuanto al art. 173.1, ciertamente, hemos sostenido en otro lugar su

---

<sup>2</sup> Ejemplo claro de ello es el art. 233.1 que prevé la pena de inhabilitación especial como consecuencia de los delitos de los arts. 229 y ss., la cual, como expondremos *infra*, sólo puede aplicarse en el caso en el que el sujeto pasivo sea menor, pero no cuando sea incapaz. Del mismo modo, el art. 233.2 sí que prevé la posibilidad de inhabilitación especial cuando el responsable sea funcionario público, pero, sin embargo, sólo se prevé para los casos en los que la víctima sea un menor no un incapaz.

compatibilidad con la comisión por omisión<sup>3</sup>. Sin embargo, entiendo que no debe considerarse su aplicación a estos casos, tanto por su carácter más genérico, como por la coincidencia de bienes jurídicos protegidos con el de otras normas más específicas, concretamente, con el del art. 229<sup>4</sup>, como, finalmente, porque acabaría suponiendo un injustificable privilegio punitivo, frente al citado art. 229 que prevé una sanción más grave. Tampoco considero la aplicación del art. 173.2 en la medida en que requiere de una conducta de violencia física o psíquica. Y la violencia resulta difícilmente conciliable con la mera pasividad o con la omisión que es lo que sobre todo está presente en los casos que interesan en mi intervención, sin perjuicio de que en el caso concreto puedan haber existido.

En definitiva, centraremos nuestra atención en lo que el Código Penal denomina delitos contra las relaciones familiares y, más concretamente, en los delitos de los arts. 226, 229, 230 y la citada falta del art. 619 (sin perjuicio de que hagamos también alguna referencia tangencial al art. 231).

Probablemente pueda llegarse a la conclusión de que las normas citadas se encuentran orientadas a la tutela de idéntico bien jurídico. Es conocido cómo las posiciones expresadas en la literatura científica en la materia han sido múltiples. En un trabajo de estas características tan sólo podemos aspirar a un análisis superficial, como mero instrumento para, posteriormente, sacar consecuencias concursales<sup>5</sup>.

Por un lado, hay quien ha estimado que es la familia o las relaciones familiares<sup>6</sup>. Sin embargo, son múltiples los argumentos contra una tesis así concebida y, sobre todo, la idea de que difícilmente se puede imponer por medio de la pena criminal una vida familiar solidaria<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> M. GÓMEZ TOMILLO, «Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta», *La Ley* 6300, 21 de julio de 2005, II.3.

<sup>4</sup> Como veremos *infra*, entendemos que el art. 229, en definitiva, viene a tutelar las condiciones para una vida digna, o lo que es lo mismo, la integridad física y moral de la persona o su dignidad. De las relaciones concursales entre ambas normas, 173 y 229, también nos ocuparemos *infra*.

<sup>5</sup> Ampliamente vid. P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial II*, (J. L. Díez Ripollés; C. M. Romeo Casabona, coords.), Valencia, 2004, art. 226, pp. 1232 y ss.

<sup>6</sup> Ampliamente sobre esta perspectiva, vid., por todos, P. LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia, 2001, pp. 18 y ss.; de la misma autora, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, pp. 1232 y ss.

<sup>7</sup> Se trataría de una posición que recuerda la de quienes pretenden que el delito de omisión de socorro tutela la solidaridad, olvidando que querer obligar a un deber moral por medio de la obediencia a las normas no es sino pura ilusión. Ampliamente, sobre estas cuestiones, M. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro. Artículo 195.1 CP*, Valencia, 2003, pp. 33 y ss. Otra cosa es que, como expresa Bernal del Castillo en un

Más solidez tiene la teoría que sostiene que son los derechos y deberes jurídico-civiles que se desprenden de las relaciones familiares<sup>8</sup>. Sin embargo, tal criterio es excesivamente formal; no puede olvidarse que los derechos y deberes establecidos por el Derecho civil, a su vez, tienen una determinada finalidad material que es a la que debe apuntarse. Partir de que se protegen tales derechos y deberes que dimanen del CC no ayuda a resolver los problemas concursales que se pueden presentar cuando se produce el resultado lesivo de alguna forma conectado con tal incumplimiento (¿habría un concurso de normas o de delitos?). Por otra parte, tal perspectiva implica una extensión del ámbito de lo punible escasamente respetuosa con el principio de subsidiariedad característico del Derecho penal, de forma que incumplimientos de los deberes jurídico-privados establecidos en el CC deberían determinar la intervención del Derecho penal, aunque el anciano, o el menor, tuviesen garantizadas unas condiciones de vida digna por otros cauces<sup>9</sup>.

Por lo que respecta a la idea de quienes entienden que es la seguridad el bien jurídico protegido<sup>10</sup>, entiendo que se trata de una posición que se arrastra por inercia del Código Penal anterior cuando estos delitos se ubicaban dentro de los delitos contra la seguridad. Tal posición, sintéticamente, se caracteriza por su ambigüedad, al tiempo

---

contexto próximo, se produzca un efecto ético-social de refuerzo de la institución familiar (*El delito de impago de pensiones*, 1997, p. 38).

<sup>8</sup> Entiendo que ésta es la posición de J. M. PRATS CANUT, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (G. QUINTERO OLIVARES, dir.), 2007, 229, p. 1176; J. C. CARBONELL MATEU; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1069; J. Gómez Navajas, «La protección penal de los intereses familiares: el delito de abandono de familia del art. 226 CP», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 4, 2001, p. 458; M. T. CASTIÑEIRA PALOU, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial* (J. SILVA SÁNCHEZ, dir.), 2006, p. 170, por lo que respecta al delito del art. 226. Vid. el resumen de posiciones que efectúa P. LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia...*, op. cit., (n. 6), p. 16, n. 27.

<sup>9</sup> Así, como expresaremos *infra*, razonablemente el TS manifiesta en relación con el art. 226 que en caso de menores, «la ley ha querido evitar de esta manera que la deuda civil proveniente de los deberes de asistencia legalmente establecidos puede dar lugar a una pena del derecho penal» (STS 543/1998 de 28 de mayo (RJ 5010)).

<sup>10</sup> Vid., por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2007, p. 295 quien lo entiende como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona de ser ayudada por sus familiares; si bien con muy diversas perspectivas J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos contra menores e incapaces*, Valencia, 1999, pp. 16-7, del mismo autor, *Comentarios al Código Penal. Parte especial II*, (J. L. DÍEZ RIPOLLÉS; C.M. ROMEO CASABONA, coords.), Valencia, 2004, art. 229, p. 1316; J. J. GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, (M. COBO DEL ROSAL, dir.), 2ª ed., Madrid, 2005, p. 440; ampliamente, P. LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia...*, op. cit., (n. 6); pp. 20-1; de la misma autora, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, pp. 1236 y ss.

que es innecesaria<sup>11</sup> cuando puede encontrarse otro bien jurídico más firmemente asentado en el derecho vigente.

Por todo lo expuesto, probablemente lo más sólido sea estimar que la Ley pretende tutelar la dignidad, integridad, física y moral, de la persona<sup>12</sup>. La posición descrita plantea, sin embargo, alguna cuestión. Concretamente no debe olvidarse que el art. 226 en su inciso segundo se obliga jurídico-penalmente tan sólo al sustento y no a la habitación, vestido y asistencia médica. Por consiguiente, en ese inciso segundo parece protegerse sólo un aspecto de la dignidad, la vida y la salud del sujeto pasivo, puesto que las condiciones para una vida digna trascienden de ese sustento al que alude la Ley. Desde nuestra perspectiva, el tipo del inciso segundo del art. 226 se ha quedado corto en su exigencia de prestación a favor de ascendientes, descendientes y cónyuge.

Otra cuestión que debe analizarse es el fundamento de la tutela jurídico penal. En el caso del art. 195 CP, el delito de omisión de socorro, el particular sustituye al Estado que no puede llegar a todos los rincones; se convierte en agente suyo a fin de garantizar unos bienes jurídicos para cuya protección es competente en virtud del contrato social<sup>13</sup>. En el caso del art. 226 puede plantearse legíti-

<sup>11</sup> P. LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia...*, op. cit., (n. 6), p. 20.

<sup>12</sup> Lo que nos sitúa en una posición de sintonía con P. LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia...*, op. cit., (n. 6), pp. 23-4: «aseguramiento de los presupuestos materiales y morales que garantizan una vida digna»; de la misma autora, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, p. 1239. En un sentido también próximo, vid. A. J. NIETO GARCÍA, «Las conductas delictivas de abandono de personas mayores. Régimen jurídico penal y perspectivas de futuro», *La Ley* 7071, 2008, 3; J. MARTÍNEZ RUIZ, *Comentarios al Código Penal* (M. COBO DEL ROSAL, dir., 1999, art. 226, p. 897).

No entramos en un análisis detallado del art. 231, la entrega a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado o de la autoridad, o abandono impropio, como lo denomina frecuentemente la doctrina (J. J. GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., (n. 10), p. 439; M. T. CASTIÑEIRA PALOU, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., (n. 8), p. 178; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., (n. 10), p. 304; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 10), arts. 229-233, p. 1324). Evidentemente la norma no se encuentra dirigida a quienes tienen un deber primario hacia el sujeto pasivo (cuyo incumplimiento daría lugar a los delitos de los arts. 226 y 229), sino a quienes poseen un deber secundario, derivado del encargo efectuado por quien se encuentra en primera instancia obligado a atender al menor o incapaz. Parece que se está haciendo referencia a situaciones extrañas en la realidad, como, por ejemplo, el encargo de una residencia de la tercera edad que, habiendo recibido el encargo de la custodia de un anciano, a su vez lo traslada a otro centro. Se trata de una norma escasamente justificada desde una perspectiva político criminal y de eficacia práctica casi nula. No obstante, su existencia requiere alguna matización desde la perspectiva del bien jurídico. Éste no puede venir constituido por la integridad física y moral del

mamente por qué el Estado impone con la pena criminal a ciertos familiares la salvaguarda de la dignidad de la persona. Parece que se parte de la idea de que la familia es un grupo de personas primario y que por sí misma es fuente de unos deberes jurídicos de actuar a favor de quienes la integran. Tales deberes, pues, son indelegables en el Estado o, dicho de otra forma, el contrato social no excluyó a favor del Estado el deber de proteger al resto de miembros de la familia, como ocurre con las demás sujetos que integran la Sociedad. De hecho, en España, el art. 50 CE reconoce la existencia de tales deberes familiares.

## **2. El delito de omisión de prestar los deberes legales inherentes a la tutela o la asistencia legalmente necesaria para el sustento del mayor necesitado: art. 226.1 CP**

El artículo 226 se refiere a quien «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...». En definitiva, estamos ante un delito configurado como una norma penal en blanco, de aptitud abstracta o de peligro hipotético y, por último, permanente. Cada una de estas características implica consecuencias diversas.

En primer lugar, pues, estamos ante una norma penal en blanco que requiere para su integración la vulneración de deberes extrape-nales, en este caso los establecidos en el CC<sup>14</sup>, sin que sea preciso que

---

menor o incapaz, toda vez que cabe la posibilidad de que la entrega se produzca a una institución que reúna plenas garantías para el cuidado de la persona mayor (o en su caso del menor), o incluso que mejore objetivamente la situación de éstos. Más bien el bien jurídico debe estimarse que viene constituido por las facultades establecidas en el ordenamiento jurídico a favor de la persona encargada del menor o incapaz, por lo que el sujeto pasivo es aquél y no éste. Desde el punto de vista de la conducta típica se requiere de un desplazamiento del sujeto pasivo desde el ámbito en el que inicialmente se encontraba al espacio físico en el que se encuentra el establecimiento público a quien se le confía (vid., ampliamente, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 10), art. 226, pp. 1342 y ss.).

<sup>13</sup> M. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro...*, op. cit., (n. 7), pp. 47 y ss.

<sup>14</sup> Sostiene P. LAURENZO COPELLO que el precepto se refiere exclusivamente a la vulneración del deber de velar por la *persona* del menor o incapaz, descartando, por el contrario, los vinculados de forma exclusiva con su patrimonio y aquéllos impuestos para mantener un cierto control sobre los actos del sujeto obligado (*Los delitos de abandono de familia...*, op. cit., (n. 6), p. 34).

la obligación haya sido declarada judicialmente por la jurisdicción civil. En lo que nos interesa aquí, se viene destacando que el art. 226 contempla dos grupos de conductas, cada uno con un alcance diverso. Por una parte, el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a patria potestad, guarda, tutela o acogimiento familiar. Por otra, el dejar de prestar asistencia legalmente necesaria para el sustento de ascendientes, descendientes o cónyuge.

En cuanto al primero de los grupos de conductas citados, sólo merece la pena detenerse, a los efectos que aquí interesan, en los casos de incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la tutela, puesto que el resto de hipótesis están diseñadas fundamentalmente para los menores de edad. Así pues, para que proceda la consideración del párrafo primero del art. 226 se requiere de una declaración formal de tutela, en cuyo caso debe considerarse el art. 269 CC que indica que el tutor está obligado, en general, a velar por el tutelado, y en particular, a procurarle alimentos. Por lo tanto, descuidos objetivamente significativos en la nutrición, hidratación, vestido, habitación o asistencia médica pueden ser objetivamente imputables al tutor<sup>15</sup>.

Por lo que respecta a la prestación de asistencia legalmente necesaria para el sustento de ascendientes, se requiere para ello que la persona del anciano se encuentre necesitado. Para delimitar el alcance del tipo y concretamente qué debe entenderse por el deber de prestar «sustento», resulta imprescindible la cita del art. 142 CC que regula el deber de alimentos entre parientes que abarca «todo lo que es indispensable para el *sustento*, habitación, vestido y asistencia médica». De lo expresado se deduce que sólo se protege jurídicamente el deber de prestar el sustento<sup>16</sup>. Por consiguiente, en las hipótesis de abandono emocional, en las que se descuide el vestido, la habitación o la asistencia médica del mayor no sometido formalmente a tutela y necesitado de ello deberá considerarse algún precepto alternativo. Eso es lo que ocurrirá en el caso de residencias en condiciones míseras, donde el anciano no se encuentra desnutrido o deshidratado por más que en su habitación haya humedades o la persona se encuentre permanentemente sucia. Puede ser significativa la SAP Córdoba 81/2002 de 10 de abril (JUR 164942), en la que

<sup>15</sup> Sobre la base del art. 269 que establece el deber de prestar alimentos, y los arts. 142 y ss. CC que incluyen «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica».

<sup>16</sup> Otro criterio A. J. NIETO GARCÍA, «Las conductas delictivas de abandono de personas mayores...», op. cit., (n. 12), 3.1 quien parece equipararlo con el deber general de alimentos y no descarta incluso la relevancia del abandono emocional.

el acusado era el hijo del sujeto pasivo y en cuyo relato de hechos probados se dice que la víctima, persona mayor, «Vivía sin luz artificial ni teléfono, alumbrándose mediante velas que colocaba en distintos lugares de la casa sin soporte de protección, con el consiguiente riesgo de incendio. No se aseaba ni tampoco limpiaba la casa, acumulándose la suciedad durante aproximadamente dos años, ya que además introducía en la vivienda objetos diversos extraídos de contenedores y papeleras e incluso realizaba en ocasiones sus necesidades en el suelo de la casa». Por otra que el anciano «disponía de medios económicos. Se alimentaba de pan, dulces, yogures, y similares, que él adquiría»<sup>17</sup>. A la vista de este último dato, probablemente fuese correcto descartar la aplicación a los hechos del delito del art. 226. Asimismo, puede ser significativa la SAP Madrid 419/1997 de 11 de septiembre (ARP 1836) en el que las acusadas, hija de la víctima «dejaron de asistir a su madre Josefa G. M., de 76 años de edad, que había sufrido infarto cerebral e infarto cerebeloso de repetición, lo que hace necesario que alguna persona la atienda y se ocupe de ella.... los acusados ya señalados..., se negaron a recoger a la madre en sus respectivos domicilios pese a los numerosos requerimientos de la policía, volviendo a negarse cuando el Juzgado de Guardia les instó a ello, por lo que la anciana hubo de ser ingresada en una residencia por acuerdo judicial» (la sentencia fue absolutoria tanto porque no se había presentado denuncia como porque no se estimó acreditado que se hubiese dejado de prestar la asistencia necesaria para el sustento, sin entrar en el alcance de este concepto jurídico).

La jurisprudencia viene incluyendo hipótesis de incumplimientos parciales de tales deberes, por ejemplo, cuando en alguna ocasión se facilita al anciano alimentación, pero de forma claramente insuficiente<sup>18</sup>. El criterio parece correcto, toda vez que un incumplimiento parcial no deja de ser un incumplimiento.

<sup>17</sup> La sentencia del Juzgado de lo penal fue condenatoria por la falta del art. 619, cuya homogeneidad con el delito del art. 226 acepta porque «el acusado no puso los hechos en conocimiento de ningún organismo oficial». La sentencia de apelación, por el contrario, sostiene que hubo indefensión, toda vez que la acusación lo era por no procurar sustento y la condena por no procurar el internamiento, aplicando la falta del art. 619 que no figuraba en la acusación.

<sup>18</sup> En relación con los hijos, por ejemplo, la STS 1563/1998 de 15 de diciembre (RJ 9785) ratificó la condena a un padre separado que en los periodos de estancia con su hijo de ocho años de edad, en aplicación del régimen de visitas, «lo dejaba solo en su domicilio durante largos periodos de tiempo a lo largo del día, con independencia de la hora y que debiera de efectuar sus comidas ordinarias, o bien lo dejaba solo en un parque cercano, donde lo recogía cuando volvía a su casa, lo que en ocasiones se producía de madrugada».



En segundo lugar, en el caso de la figura del artículo 226 que nos ocupa, probablemente estemos ante un delito de los que la doctrina denomina de peligro hipotético o de aptitud abstracta; se requiere la idoneidad de la conducta para poner en peligro o lesionar el bien jurídico<sup>19</sup>. Así, por ejemplo, no sería punible el comportamiento del hijo que no se hace cargo del padre, durante el periodo de tiempo pactado, cuando éste se encuentra correctamente atendido en casa de su otro hermano<sup>20</sup>. En palabras del TS, en caso de menores, «la ley ha querido evitar de esta manera que la deuda civil proveniente de los deberes de asistencia legalmente establecidos puede dar lugar a una pena del derecho penal» (STS 543/1998 de 28 de mayo (RJ 5010))<sup>21</sup>. Se trata de una conclusión inevitable si se parte de la consideración del bien jurídico protegido que, en nuestro criterio, son las condiciones para una vida digna del sujeto pasivo y no meramente los derechos establecidos en el Código Civil<sup>22</sup>.

En tercer lugar, se trata de un delito permanente, lo que tiene relevancia sobre todo desde el punto de vista de la prescripción: debe considerarse como *dies a quo* aquél en el que cesa la situación anti-jurídica, esto es, en el que la víctima deja de estar necesitado, bien por la intervención del propio alimentista, por la de un tercero o por la muerte del anciano (así SAP Cuenca 440/2000 de 21 de junio (ARP 2660), Fto. Jco. 1<sup>o</sup><sup>23</sup>).

Resulta, por último, un requisito implícito del tipo el que el omitente pueda llevar a cabo la acción requerida, que pueda desplegar los

<sup>19</sup> En cuanto a esta categoría nos remitimos a nuestro trabajo «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de delitos de peligro abstracto puro», *Estudios en Homenaje al Profesor Profesor Cobo del Rosal*, 2005. De peligro abstracto habla P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, p. 1241.

<sup>20</sup> En tal línea apunta P. LAURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia...*, op. cit., (n. 6), pp. 39-40; la misma autora, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, p. 1251.

<sup>21</sup> En el mismo sentido, vid. M. GARCÍA ARÁN, «Problemas interpretativos de los tipos penales relativos al menor», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999, p. 91.

<sup>22</sup> Vid. *supra*.

<sup>23</sup> En el mismo sentido, P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, p. 1243.

En cuanto a la homogeneidad con el 227, vid. la SAP Valencia 108/2003 de 9 de mayo (ARP 723): «los tipos de los arts. 226 y 227 son dos figuras delictivas homogéneas, de las cuales, por la precisión del caso concreto que contempla, el art. 227 es Ley especial frente a la general que representa el art. 226, castigándose en ambos el incumplimiento de los deberes legales de asistencia para el sustento de aquellos miembros de la familia a que se refieren los preceptos, y lo que hace el art. 227 es concretar que esos deberes son los que dimanar de la obligación de hacer frente a las prestaciones económicas establecidas en un proceso de separación, divorcio, nulidad, filiación o de alimentos».

deberes legales inherentes a la tutela o el deber de sustento de los descendientes<sup>24</sup>. El Derecho penal no puede exigir lo que es imposible (siguiendo la máxima *ad impossibilia nemo tenetur*). La citada SAP Córdoba 81/2002 de 10 de abril (JUR 164942) puede ser ilustrativa, en la medida en que se dice en el relato de hechos probados que las relaciones del hijo y acusado con su padre «eran de rechazo...de suerte que se negaba abiertamente a abrirle la puerta de la casa cuando el hijo y su esposa o cualquiera de ellos pretendía entrar en la casa para visitarle. Tampoco podían el acusado y su esposa asearle ni limpiarle la vivienda por el mismo motivo. En una ocasión el acusado trasladó a su padre a su domicilio, aseándolo, pero tres días después el Sr. A. se marchó y regresó a su domicilio. Debido a su enfermedad se negaba abiertamente a residir en otro lugar que no fuese su casa o a ser reconocido por facultativos». Parece claro que la resistencia del padre a ser ayudado puede excluir la trascendencia jurídico penal, sobre la base del art. 226, de los hechos. Particularmente significativa, asimismo, la SAP Cantabria 51/1999 de 18 de marzo (ARP 1056) que absuelve al acusado que «convivía con su madre, Natividad M. G., de 88 años de edad, en la casa de ambos...permaneciendo ésta sola en el domicilio familiar cuando su hijo se ausentaba diariamente a trabajar en el campo...La vivienda...en la que viven madre e hijo se encuentra sucia y en estado ruinoso, dada la situación económica de ambos, pero no ha resultado probado que Natividad se encuentre en estado de abandono total por parte de su hijo, encargándose de satisfacer sus necesidades más primarias dicho hijo y la mujer que convive con éste y dentro de las posibilidades económicas muy limitadas de la familia».

Desde nuestro punto de vista, en la medida en que es una característica de todo delito omisivo la posibilidad de llevar a cabo la acción inejecutada, estaríamos ante un supuesto de atipicidad. Por ello mismo, como ocurre con todos los elementos del tipo, lo que no cabe es presumir la capacidad de llevar a cabo lo que la Ley exige; que tenga que ser el acusado el que acredite que carecía de medios económicos o materiales de cualquier clase, sino que tiene que ser la acusación la que pruebe que se encontraba en condiciones de actuar, de cumplir con los deberes legales. Entiendo que en el caso del tutor bastará la prueba de su condición de tal<sup>25</sup>, mientras que si el omitente lo es un descendiente, debería acreditarse mínimamente que sus condiciones económicas son suficientes para prestar sustento. No son, pues, extrapolables, los criterios que se vienen manejando en relación con el delito del art. 227 CP, el impago de prestaciones civiles.

<sup>24</sup> Así lo exigía expresamente el Código Penal anterior, art. 487; J. M. PRATS CANUT, *Comentarios...*, (n. 8), 229, p. 1163.

<sup>25</sup> Piénsese que el tutor puede excusarse en los términos de los arts. 251 y ss. CC.

### 3. El delito de abandono de incapaz del art. 229

#### 3.1. Sujetos del delito

La citada norma se refiere al «abandono de un menor de edad o incapaz por parte de la persona encargada de su guarda». En el apartado 2 se incrementa la pena cuando el autor del abandono es el padre, tutor o guardador legal. De este último dato se desprende que el apartado 1 queda reducido a las hipótesis en que el sujeto activo, o el omitente, es un guardador de hecho<sup>26</sup>, por lo que su aplicación resultará, cuando la víctima sea un menor, excepcional. Por el contrario, en el caso de las personas mayores, lo excepcional será la aplicación del tipo agravado, toda vez que no es posible que el abandono se produzca por padres o guardadores legales, de forma que las posibilidades agravatorias se ciñen tan sólo a los casos en los que exista una tutela formalmente constituida.

En el caso del guardador de hecho, pues, se le incrementa la pena frente a la que corresponde a terceros sin un deber jurídico específico de proteger al menor o incapaz, los cuales, si la víctima se encuentra desamparada, responderían por el delito de omisión de socorro del art. 195, más levemente sancionado. La razón, por la cual se produce el salto punitivo reside, probablemente, en que la asunción fáctica del cuidado del sujeto pasivo reduce las posibilidades de que éste o terceros, incluido el Estado, adopten medidas de protección, en nuestro caso frente al anciano incapaz, colocando, pues, al bien jurídico en una situación de especial dependencia. De lo expresado se deduce que en los casos en los que la asunción de la guarda del incapaz

<sup>26</sup> No obstante, las SSTS 1138/2003 de 12 de septiembre (RJ 6374); 1016/2006 de 25 de octubre (RJ 8119) afirman que «Si en este párrafo 2º se agrava el delito para «los padres, tutor o guardador de hecho», es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica. De aquí deducimos nosotros que 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». Sostiene A. S. MARTÍNEZ GARCÍA (*Comentarios al Código Penal*, ed. Lex nova, pro manuscrito, 229, 4) que «En el concepto de guardadores legales entiendo que están incluidos los guardadores de hecho, pues en la medida en que están contemplados en los arts. 303 y 304 CC, se trata de una figura con cobertura legal, quedando reducido el tipo básico para los guardadores ocasionales, sin vínculo familiar o jurídico alguno con el menor o incapaz».

o menor no sea conocida por nadie y el sujeto pasivo no pueda en modo alguno adoptar medidas de autoprotección, el delito a considerar debería ser el de omisión de socorro y no éste.

Desde el punto de vista del sujeto pasivo, tiene que serlo un menor o un incapaz. La jurisprudencia viene rechazando que sea necesaria la declaración formal de incapacitación, lo que tiene sentido, salvo que se quiera dejar desprotegidos a los incapaces de hecho<sup>27</sup>.

### 3.2. *La conducta típica*

El núcleo de la conducta prohibida gira en torno al abandono. Éste puede ser entendido de varias maneras. Por una parte, el alejamiento físico del anciano que permanece en un determinado lugar. Por ejemplo, se le deja a su suerte en su vivienda. Por otra, cabe dejar al anciano en un determinado lugar y alejarse físicamente de él; por ejemplo, se le deja en la calle o en un hospital. Sin embargo, también se puede interpretar la acción de abandonar como desatender<sup>28</sup>. Expresa tal criterio la SAP Sevilla 321/2004 de 11 de junio de 2004 (JUR 263076), en la que se condenó a los responsables de una residencia de ancianos por el delito del art. 229 CP en un caso en el que

<sup>27</sup> Vid., por ejemplo, la SAP Sevilla 321/2004 de 11 de junio de 2004 (JUR 263076), Fto. Jco. 3º.

<sup>28</sup> De hecho, en alguna resolución jurisprudencial, probablemente apoyándose sobre la definición que proporciona el diccionario de la RAE, se define como «acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo» (STS 1772/2001 de 4 de octubre (RJ 8573). En términos semejantes, referido también a menores se expresa la STS 1138/2003 de 12 de septiembre (RJ 6374): «también existe abandono, y este es el caso presente, cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando». En la literatura, vid. J. M. PRATS CANUT, *Comentarios...*, op. cit., (n. 8), 229, p. 1177. Pese a la declaración del TS, entendemos que el art. 229 acoge un delito de omisión de garante, en el que encajan mal las conductas de carácter activo positivo. Sobre ello volveremos *infra*. Por otra parte, la construcción del TS al hablar de omisión «provocadora» de una situación de desamparo puede ser inexacta si se considera que una omisión no causa nada, al ser una nada fáctica (*ex nihilo, nihil*). De ahí que entendamos que es algo más preciso hablar de desatención. Sin embargo, la intelección de la conducta de abandonar como expresiva de un comportamiento omisivo la hemos sostenido en términos próximos en relación con el art. 196 CP. Este último tipo también utiliza la expresión «abandonar» para delimitar el núcleo de la conducta típica, de forma que abandonar el servicio sanitario no es sólo ausentarse de él, sino la no prestación de una asistencia no solicitada a la que, sin embargo, se tiene derecho (vid. M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios (art. 196 CP)*, Valladolid, 1999, pp. 42 y ss.; *Comentarios al Código Penal*, (M. COBO DEL ROSAL, dir.), Madrid, T. VI, 1999, art. 196, pp. 54 y ss.; otro criterio P. ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, Granada, 2006, pp. 190 y ss.).

el sujeto pasivo era un anciano de 98 años aquejado de demencia senil, y que «presentaba un estado higiénico lamentable con hormigas comunes que invadían totalmente su cuerpo y que se introducían en la boca y en los apósitos y en la sonda de gastronomía que llevaba, de forma que al voltearse se observaban ejemplares aplastados de tales insectos. Por otra parte llevaba pañales con material fecal reseco y los apósitos de gastronomía sucios...». La citada resolución entendió, desde nuestro punto de vista correctamente, que tales hechos sí encajaban en el art. 229 CP, del cual fueron considerados autores los responsables de la residencia de ancianos, que «tenían la obligación de cuidar a los mayores que en ella residían en virtud del contrato verbal de entregar a la residencia el dinero procedente de sus pensiones a cambio de esa contraprestación de cuidado» (Fto. Jco. 3º B).

Desde nuestra perspectiva, en la medida en que la acción típica expresa una conducta inequívocamente omisiva todos los hechos reconducibles a ella deberían caracterizarse por ser siempre hipótesis en las que está presente de una manera u otra la inejecución de alguna acción jurídicamente exigible (más concretamente el art. 229 es un delito de omisión de garante)<sup>29</sup>. Por consiguiente, en los casos en los que, claramente lo que acaecen son acciones positivas, debería buscarse una norma alternativa bajo la que calificar los hechos.

Puede ser al respecto, particularmente significativo hacer referencia al relato de hechos probados que se extrae de la SAP La Rioja 118/ 2002 de 5 de julio de 2002 (JUR 252370), conforme al cual la víctima, anciana que padecía la enfermedad de Parkinson «fue aislada socialmente por el acusado, no dejándole recibir determinadas visitas; fue desprovista de la libreta en que tenía apuntados los números de teléfono de familiares y allegados, era amenazada de forma continua con no darle la medicación, empujándole y chillándole si no firmaba los documentos necesarios para las operaciones bancarias a los fines de extracción de dinero; la dejaba encerrada en el domicilio, en el que también permanecía cerrada la persiana del dormitorio, dificultándole el acceso a la misma y a la puerta mediante la colocación de muebles dada la limitación de movilidad derivada de su enfermedad; encontrándose Anastasia, presa de un grado de ansiedad y de angustia por el miedo que sentía hacia su sobrino». Todas las conductas que se relatan tienen un carácter activo positivo, por lo que la Audiencia, entiendo que correctamente, acudió al art. 173.1 CP.

<sup>29</sup> Podría calificarse el delito, en ocasiones, como de omisión por comisión, puesto que acciones positivas como alejarse del sujeto pasivo inciden en el tipo. Otro criterio, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 10), art. 229, p. 1331, quien admite conductas activas y habla de comisión por omisión.

Por el contrario, no parece que la calificación efectuada por la SAP León 1/2006 de 12 de enero (JUR 47966), acaso determinada por exigencias del principio acusatorio, pueda ser compartida. En ese caso, calificado bajo el art. 173.1, se relata que las cuatro víctimas, ancianos que habitaban en una residencia de tercera edad «eran enfermos crónicos con hipertensión arterial, mala circulación, padeciendo también diabetes e insuficiencia cardiaca en el caso de Carina, no recibiendo ninguno de ellos ni el necesario tratamiento médico, ni la adecuada dieta alimenticia, ni los más elementales cuidados que su estado de salud precisaba, teniéndoles a todos ellos en un estado de inmovilidad absoluta, y sin la higiene precisa, presentando Carina y Carlos Manuel importante dermatitis de pañal con enrojecimiento, úlceras y ampollas así como dermatitis fúngica en pliegues mamarios e inguinales Guadalupe y en ambos pies Carlos Manuel». Parece claro que en el caso que citamos, al margen de ulteriores matices, estamos ante hechos de carácter omisivo, que hacen más adecuado el recurso al art. 229. Como exponíamos al comenzar este trabajo, no debe considerarse la aplicación del art. 173.1 en estos supuestos, tanto por el carácter genérico del art. 173.1, como por la coincidencia de bienes jurídicos protegidos con el art. 229<sup>30</sup>, como, finalmente, porque acabaría suponiendo un injustificable privilegio punitivo, frente al citado art. 229 que prevé una sanción más grave<sup>31</sup>.

Del mismo modo que en el caso del art. 226, el delito del art. 229 debe interpretarse como un delito de aptitud abstracta o peligro hipotético<sup>32</sup>. Tal intelección es coherente con el subtipo agravado del apartado 3 que requiere algo más: la verificación de un peligro concreto. Formulado en otros términos, si el menor o incapaz cuenta con quien le proporcione los cuidados necesarios, la conducta resulta irrelevante.

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, en la medida en que en el art. 230 CP se prevé el abandono temporal, lo característico del art. 229 CP es el abandono con la intención, con la voluntad, de que sea definitivo. Ello puede plantear problemas cuando el abandono se

<sup>30</sup> Desde nuestro punto de vista, el art. 229 viene a tutelar las condiciones para una vida digna, o lo que es lo mismo, la integridad física y moral de la persona o su dignidad. Sobre esa cuestión vid. *infra*, cuando analicemos las cuestiones concursales.

<sup>31</sup> Cuestión diversa es que las penas del art. 173.1 y las del art. 229 se encuentren razonablemente articuladas.

<sup>32</sup> En sentido muy próximo, se ha indicado que no es suficiente con cualquier abandono, sino que es preciso uno que sea idóneo para afectar a los derechos personalísimos del sujeto pasivo (J. M. PRATS CANUT, *Comentarios...*, op. cit., (n. 8), 229, p. 1177). Habla de peligro abstracto J. J. GONZÁLEZ RUS, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, op. cit., (n. 10), p. 440.

efectúa con vocación de temporalidad y posteriormente se transforma en definitivo. Entiendo que desde el momento en que surge la voluntad de abandonar definitivamente se consuma este delito en detrimento del art. 230 CP, aunque inicialmente sólo se pretendía una situación transitoria (lo que, evidentemente puede plantear problemas de prueba relativos a la intención real del sujeto).

### 3.3. *La relación concursal del delito del art. 229 con el delito del art. 226*

Debe considerarse que, a fin de cuentas, si el tutor abandona al anciano sometido a su tutela, está incumpliendo los deberes legales inherentes a tal tutela que exigen al tutor velar por el pupilo (art. 269 CC). Asimismo, si es un descendiente quien abandona al anciano que no cuenta con medios para su sustento, se deja de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para su sustento, por lo que se incide en lo previsto en el art. 226. En definitiva, se produce una evidente coincidencia entre los ámbitos propios del art. 226 y los del art. 229 CP. Ello es especialmente claro si se tiene en cuenta que el abandono, núcleo del art. 229, puede ser entendido como desatención que es, precisamente, lo que ocurre en las hipótesis descritas en el art. 226. Para solucionar tal situación de concurso debe considerarse que el art. 229 prevé una pena de prisión más grave, aun cuando no prevea la pena de inhabilitación especial<sup>33</sup>, sí prevista como potestativa en el art. 226. Entiendo que en esa tesitura debe primar el art. 229, sobre la base del principio de alternatividad<sup>34</sup>, porque la pena de prisión es siempre la más gravosa (la pena de inhabilita-

<sup>33</sup> También el artículo 233 establece la posibilidad de imponer la pena de inhabilitación especial. Sin embargo, por un claro defecto legislativo, tal norma sólo está concebida para los casos en los que el sujeto pasivo es un menor. En efecto, el citado precepto dispone que «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 a 232 la pena de inhabilitación especial...». Sólo forzando el tenor literal de la norma se podría imponer la pena de inhabilitación en los casos en los que la víctima sea una persona mayor. La deficiente técnica legislativa es evidente, en la medida en que, pese a referirse exclusivamente a las circunstancias del menor y prescindir de cualquier alusión a mayores de edad, sin embargo, prevé la posibilidad de privar del los derechos de guarda, tutela, curatela.

<sup>34</sup> Del principio de especialidad habla P. LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., (n. 5), 226, p. 1263.

En alguna sentencia se aprecia un concurso ideal de delitos; vid. SAP Málaga 173/2004 de 16 de marzo (ARP 343), en un supuesto de abandono de menores. Sin embargo, para llegar a tal conclusión debería sostenerse que cada norma protege un bien jurídico diverso, lo que resulta más que complejo de articular.

ción especial para el ejercicio de la tutela puede que ni siquiera sea aflictiva), al tiempo que es tan sólo potestativa. Otra cosa es que se sostenga que, *de lege ferenda*, debería añadirse tal pena también al art. 229<sup>35</sup>. Por otra parte, no parece justificada la diferencia de pena entre los dos preceptos que nos ocupan, 226 y 229, a la vista de la coincidencia sustancial de las conductas descritas en ambos. Puede ser discutible si se debe adoptar la prevista en una u otra norma, pero ambas deberían contemplar la misma sanción, independientemente de que, como hace el art. 229, en caso de riesgo para ulteriores bienes jurídicos, deba incrementarse.

A la vista de lo expuesto, las posibilidades aplicativas del art. 226, en el marco que nos interesa, quedan muy reducidas. Prácticamente sería sólo posible su utilización en los casos en los que el sujeto pasivo fuese una persona mayor, pero no un incapaz. Como es evidente eso no puede ocurrir en las hipótesis del inciso primero del art. 226, esto es, cuando es el tutor el que deja de prestar el auxilio al pupilo. Sí que es concebible la aplicación del art. 226 en los casos en los que el anciano, *no siendo incapaz*, no recibe sustento por parte de sus descendientes<sup>36</sup>.

Evidentemente, en los casos en los que el anciano desamparado, incapaz de valerse por sí mismo, sea abandonado por su guardador de hecho debe primar el art. 229 sobre el art. 195, sobre la base del principio de especialidad.

<sup>35</sup> Ello plantea el problema del espacio que se deja a la aplicación del art. 226, puesto que, como hemos destacado el abandono, núcleo del art. 229, puede ser entendido como desatención que es, precisamente, lo que ocurre en las hipótesis descritas en el art. 226. Al respecto, cabe, al menos, una doble posibilidad. Por una parte, cabe sostener que el art. 226 sólo se aplica en los casos en los que el sujeto pasivo no es un menor de edad o incapaz (característico del art. 229); tal criterio dejaría prácticamente sin contenido el inciso primero, relativo a dejar «cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar». Por otra parte, de forma alternativa, se debe cambiar la intelección del art. 229 en virtud de la cual abandono equivale a desatención, reduciendo el campo de aplicación del art. 229 a los supuestos de alejamiento físico del sujeto pasivo. Esta última intelección tiene en contra que no se explica por qué tal caso el art. 229 lleva aparejada una pena mayor que la prevista en el art. 226. Lo expresado es válido, incluso, en los casos en los que la desatención se efectúa con la voluntad de que sea tan sólo temporal (el sujeto deja a su suerte a su padre durante el periodo vacacional, cuando está perfectamente atendido el resto del tiempo). En tal caso, la norma a considerar sería el art. 230 CP, que prevé una pena también más grave que la del art. 226.

<sup>36</sup> Otra cosa son las relaciones concursales del art. 226 con la falta del art. 619 que examinaremos *infra*.



#### 4. El art. 230 CP: abandono temporal. Especial consideración de la relación concursal con el art. 196 CP

El delito del art. 230 CP plantea, en primer lugar, la cuestión de su alcance y, concretamente, su delimitación con el artículo precedente<sup>37</sup>. Desde nuestro punto de vista, para ello es preciso acudir a parámetros subjetivos: el art. 230 se caracteriza por un dolo específico: la voluntad de que el abandono no sea definitivo. Ciertamente, cabe la posibilidad de que el sujeto abandone a la víctima con la intención de que sea definitivo y, posteriormente, sin embargo, transforme lo que iba a ser una situación irreversible en una temporal, y vuelva con el anciano (o, en su caso, con el menor). Sin embargo, en esta última situación, si el abandono cursó durante un espacio de tiempo significativo, debe entenderse que el delito del art. 229 se consumó, por lo que ya no cabe la aplicación ni del art. 230, ni del desistimiento, aunque sí de la circunstancia atenuante del art. 21.5 CP.

Desde el punto de vista objetivo, apenas merece la pena subrayar que el abandono tiene que tener una mínima entidad temporal para incidir en el ámbito de lo penalmente relevante. Puede ser útil a tal efecto considerar el criterio de que el abandono, aunque limitado en el tiempo, tiene que haber generado un peligro potencial para bienes jurídicos de la víctima.

Como hemos puesto de manifiesto *supra*, si el abandono se interpreta como desatención o causación de desamparo se puede plantear un problema de delimitación con el art. 226, en su inciso primero, cuando el autor es el tutor<sup>38</sup> y con el inciso segundo del mismo artículo cuando lo es un descendiente<sup>39</sup> (el sujeto deja a su suerte a su padre o a una persona mayor de la que es tutor durante el periodo vacacional, cuando está perfectamente atendido el resto del tiempo). En tal caso, entendemos que la norma a considerar sería el art. 230 CP, que prevé una pena también más grave que la del art. 226, sobre la base del principio de alternatividad.

<sup>37</sup> El art. 230 se refiere a «El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior». La homogeneidad con el delito precedente es declarada, por ejemplo, por el ATS de 9 de junio de 1999 (RJ 5422).

<sup>38</sup> Que es el caso que nos interesa aquí; aunque cabe decir lo mismo de quien tiene la patria potestad, es guarda o lleva a cabo el acogimiento familiar.

<sup>39</sup> Que es el caso que nos interesa aquí; aunque cabe decir lo mismo cuando lo es un ascendiente o cónyuge.

Quizá la cuestión que tenga más importancia sea la de la relación concursal de los arts. 230 y 196 CP. Entre ambas puede producirse un solapamiento en algunas hipótesis. Probablemente, los casos más significativos sean dos. En primer lugar, aquéllos en los que el sujeto pasivo sea una persona mayor, se encuentre en una residencia, solicite asistencia sanitaria, por ejemplo a los médicos de la residencia, a los enfermeros, a los auxiliares de enfermería, o incluso a personas sin formación sanitaria específica, pero que puedan trasladar su petición a quien sí posee esa formación<sup>40</sup> y ésta se le deniegue. En segundo lugar, los casos en los que el personal de la residencia de la tercera edad se desplaza, alejándose físicamente de la residencia, cuando tiene la obligación jurídica de permanecer allí, presentándose una eventualidad que requiere de su intervención y el consiguiente riesgo para la salud de la persona mayor. En ambas situaciones, en abstracto, puede también considerarse el art. 230 (mejor que el art. 229, ya que normalmente el abandono será temporal), sobre todo si se concibe la acción nuclear de abandonar no sólo como desplazamiento físico, sino como desatención.

Desde nuestro punto de vista, debe entenderse que la situación descrita es la característica de un concurso aparente de normas penales. En efecto, aun cuando los bienes jurídicos protegidos por una y otra norma no pueden entenderse como coincidentes<sup>41</sup>, sin embargo, el art. 229.3 contempla expresamente la hipótesis en la que como consecuencia del abandono se haya puesto en peligro concreto la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor o incapaz. Parece claro que el fundamento de esta agravación es, precisamente,

---

<sup>40</sup> Desde nuestro punto de vista, en el caso del art. 196, no es necesario que quien deniega la asistencia sanitaria sea un profesional sanitario, puesto que *expressis verbis* tal exigencia no aparece en la Ley que se limita a requerir un profesional. Basta, pues, con que lo denegado sea una asistencia sanitaria entendida como cualquier acción que pueda coadyuvar a la mejora de la salud, lo que incluiría el suministro de fármacos conforme a las prescripciones médicas, o, incluso, la llamada a los encargados sanitarios del centro; en general, vid. M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios. Artículo 196 CP*, Valladolid, 1999, pp. 29 y ss.; *Comentarios al Código Penal*, (M. COBO DEL ROSAL, dir.), Madrid, T. VI, 1999, art. 196, pp. 52 y ss.

<sup>41</sup> En el caso del art. 196, tenemos claro que se tutela la vida y la salud de las personas. Resulta difícil de otra forma explicar la exigencia integrada en la estructura típica de que el comportamiento implique un riesgo grave para la salud de las personas. No compartimos la perspectiva de quienes defienden que lo tutelado sería la solidaridad humana, en coincidencia con el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de socorro contenido en el art. 195 (sobre esta cuestión, ampliamente, M. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro...*, op. cit., (n. 7), pp. 30 y ss.). Por lo que respecta al art. 229, supra hemos sostenido que se orienta a la protección de la dignidad de la persona, de su integridad física y moral, lo que no se solapa exactamente con la vida y la salud de las personas.

la tutela de tales bienes jurídicos, por lo que se cierra el paso a un potencial concurso de delitos con la figura de la denegación o abandono de los servicios sanitarios, en la medida en que se entienda que ése el objeto de protección en el art. 196.

Aceptado, pues, el concurso aparente de normas penales, éste debería resolverse, una vez más, acudiendo al principio de alternatividad, art. 8.4 CP. El análisis de las penas de uno y otro precepto, pone de manifiesto que, mientras el art. 230 prevé una pena más grave al incorporar la pena de prisión (incluso en los supuestos excepcionales en los que deba considerarse la pena de prisión en el art. 196 utilizando la referencia del art. 195.3), el art. 196 prevé una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio que no es posible aplicar en el caso del art. 230<sup>42</sup>. La especial situación que nos ocupa haría particularmente necesaria la pena de inhabilitación especial. Sin embargo, nos inclinamos por seguir considerando que la pena de prisión es más grave y que, por consiguiente, debe primar, salvo situaciones excepcionales, el art. 230. En la práctica, lo cierto es que la solución propuesta, de carácter técnico, presenta el problema de que la suspensión de la ejecución de la condena puede hacer que los hechos se liquiden con una simple «pena de banquillo».

## 5. La falta del art. 619 CP. Especial consideración de las relaciones concursales con los delitos de los arts. 229 y 195 CP

Como expresábamos antes, en lo que alcanzo a ver, la falta del art. 619 es la única norma del Código Penal que, expresamente, se encuentra orientada a la tutela de personas mayores<sup>43</sup>. Comovimos haciendo a lo largo de este trabajo, fundamentalmente nos centraremos en las relaciones concursales de tal norma<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> El art. 233.2 sí que prevé la posibilidad de inhabilitación especial cuando el responsable sea funcionario público, pero, sin embargo, sólo se prevé para los casos en los que la víctima sea un menor no un incapaz.

<sup>43</sup> Se refiere a «los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados».

<sup>44</sup> No entramos, pues, en un examen detenido de los elementos típicos, como por ejemplo, la idea de «persona de edad avanzada»; sugiere la edad de sesenta o sesenta y cinco años A. J. NIETO GARCÍA, «Las conductas delictivas de abandono de personas mayores. ...», op. cit., (n. 12), 3.2, interpretación que efectúa al amparo de los «estamentos internacionales»; sobre la cuestión vid. D. M. SANTANA VEGA, «Protección

Así, en primer lugar, se presenta el problema de la delimitación con el art. 229, toda vez que ambas coinciden en, al menos, dos puntos. Por una parte, en el sujeto activo (u omitentes); por otra en el núcleo de la conducta típica.

En cuanto a lo primero, esto es, en lo que se refiere a quién puede llevar a cabo la conducta, como hemos subrayado ya, en el caso del delito del art. 229 puede ser autor todo guardador de hecho (aunque también otros sujetos, sobre todo en el supuesto agravado del apartado 2), mientras que el autor de la falta del art. 619 debe serlo una persona de cuyos cuidados dependa el anciano. Parece claro que ello equivale también a un guardador fáctico, con independencia de si existe un vínculo legal o contractual con el anciano<sup>45</sup>.

Por otra parte, la conducta típica del delito del art. 229, el abandono, como hemos sostenido, puede consistir en la mera desatención, lo que claramente viene a coincidir con la acción de «dejar de prestar atención» a la que se refiere el art. 619.

Así las cosas, a la vista de las amplias coincidencias entre ambas figuras, desde nuestra perspectiva, la diferencia radica en el sujeto pasivo que, en un caso, es un incapaz y, en otro, una persona desvalida. Ambos conceptos aparecen en diversas ocasiones a lo largo del articulado del Código Penal y, concretamente, en las hipótesis de delitos perseguibles a instancia de parte, donde es frecuente que si la víctima es «menor, incapaz o persona desvalida» se otorgue al Ministerio Fiscal la posibilidad de proceder a denunciar (así ocurre en los arts. 191 CP, delitos contra la libertad sexual, 201, delitos contra la intimidad, y 228, en este mismo contexto de delitos contra las relaciones familiares, etc.). Al distinguir la Ley entre las tres categorías, parece razonable interpretar que cada una de ellas posee un contenido diferente. Así, entendemos que ese concepto de «persona desvalida» debe equipararse a aquel sujeto que no siendo incapaz, sin embargo, ve mermada su capacidad física o psíquica, o ambas, pero sin tener perdidas por completo sus posibilidades de autoprotección. La falta del art. 619, pues, sólo debería entrar en consideración en tales hi-

---

jurídico penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores (I)», *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad* (M. DOLORES DÍAZ PALAREA; D. M. SANTANA VEGA, coords.), Madrid, 2008, pp. 348 y ss. Llama, asimismo, la atención la distinción legal entre prestar «asistencia» y prestar «auxilio» que probablemente no sea más que un mero recurso estilístico carente de contenido real.

<sup>45</sup> R. GARCÍA ALBERO afirma que sujeto activo puede serlo a quien corresponda legal o contractualmente el cuidado del anciano, pero posteriormente añade también a quien «haya asumido de facto y con carácter permanente tal función» (*Comentarios al Nuevo Código Penal*, (G. QUINTERO OLIVARES, dir.), 2007, Art. 619, p. 2575).

pótesis. Eso es lo que ocurre precisamente con frecuencia con las personas mayores que ven limitadas sus facultades cognitivas, se encuentran acobardadas frente al entorno, tienen disminuida su movilidad, etc.<sup>46</sup>. La diferencia de pena, pues, entre la conducta del art. 229 y la falta del art. 619 se debería, en consecuencia, a que en este último caso la persona mayor no habría perdido por completo su capacidad de autoprotección, sino que tan sólo se encontraría significativamente disminuida. Estaríamos, pues, ante una especie de abandono de segundo grado en atención a la permanencia de ciertas posibilidades de autotutela en la persona mayor<sup>47</sup>. No sería correcto, pues, acudir a esta falta en los casos de omisiones leves de atención a los ancianos, las cuales, en su caso, deberían canalizarse como supuestos de vejaciones injustas del art. 620.2.

En este contexto puede surgir la duda en cuanto a la potencial aplicación del delito de omisión de socorro en situaciones como la descrita en la falta del art. 619 ya que, a fin de cuentas, en ambos preceptos se exige que se deje de prestar auxilio. Desde nuestro punto de vista, las diferencias entre tal falta y el delito del art. 195 serían fundamentalmente dos.

En primer lugar, por lo que respecta a quien puede ser autor de una y otra figura. En el caso tanto del abandono del art. 229 como de la falta del art. 619 se requiere de una especial conexión entre el

<sup>46</sup> R. GARCÍA ALBERO se refiere a personas «imposibilitadas para satisfacer por sí mismas las elementales necesidades de habitación, alimentación, higiene y en su caso asistencia médica», *Comentarios...*, op. cit., (n. 45), art. 619, p. 2575.

<sup>47</sup> Desde la perspectiva citada, se encuentra en el límite entre la falta del art. 619 y el delito del art. 229 los hechos descritos en la ya citada SAP Córdoba 81/2002 de 10 de abril (JUR 164942), en la que el acusado era el hijo del sujeto pasivo y en cuyo relato de hechos probados se dice que la víctima, persona mayor, «Vivía sin luz artificial ni teléfono, alumbrándose mediante velas que colocaba en distintos lugares de la casa sin soporte de protección, con el consiguiente riesgo de incendio. No se aseaba ni tampoco limpiaba la casa, acumulándose la suciedad durante aproximadamente dos años, ya que además introducía en la vivienda objetos diversos extraídos de contenedores y papeleras e incluso realizaba en ocasiones sus necesidades en el suelo de la casa». Por otra que el anciano «disponía de medios económicos. Se alimentaba de pan, dulces, yogures, y similares, que él adquiría». La sentencia del Juzgado de lo penal fue por la falta del art. 619, cuya homogeneidad con el delito del art. 226 acepta porque «el acusado no puso los hechos en conocimiento de ningún organismo oficial». La sentencia de apelación, por el contrario, sostiene que hubo indefensión, toda vez que la acusación lo era por no procurar sustento y la condena por no procurar el internamiento, aplicando la falta del art. 619 que no figuraba en la acusación. Probablemente si la acusación hubiese sido por el art. 229 y no por el art. 226 la condena hubiese sido inevitable, porque existe una mayor homogeneidad entre el art. 229 y la falta del 619 y porque, con ciertas dudas, sí que hubiese sido posible calificar los hechos bajo el art. 229.

omitente y el anciano (en su caso, menor o incapaz) ya que tiene que haber un guardador legal o de hecho. El delito de omisión de socorro es un delito caracterizado precisamente por la ausencia de ese vínculo, cuyo autor puede serlo cualquiera. Ello se traduce en que si un vecino es conocedor de la situación precaria en la que se encuentra otro de avanzada edad, con el que no tiene mayor contacto que el saludo en la escalera o a través del patio, y no hace nada, pueda plantearse la presencia del delito de omisión de socorro, pero no de la falta del art. 619.

En segundo lugar, el delito de omisión de socorro requiere de una persona desamparada, lo que se viene interpretando que es toda persona que no se puede socorrer a sí misma y no cuenta con quien le ayude<sup>48</sup>. Sin embargo, como hemos subrayado, la falta del art. 619 se caracteriza porque la persona se encuentra desvalida, lo que hemos interpretado como una disminución de sus posibilidades de autoayuda, pero no una completa eliminación de éstas.

Evidentemente, en los casos en los que el anciano desamparado, incapaz de valerse por sí mismo, sea abandonado por su guardador de hecho debe primar el art. 229 sobre el art. 195, sobre la base del principio de especialidad.

Por lo que respecta a la relación concursal entre el delito del art. 226 y la falta del art. 619, entiendo que es la característica de un concurso aparente de normas, donde debe siempre primar el art. 226, en los casos en los que el omitente sea un descendiente y la víctima una persona desvalida, no un incapaz, porque entonces debe recurrirse al art. 229<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 161; D. M. LUZÓN PEÑA, «Omisión de socorro. La «persona desamparada» en los párrafos 1º y 3º del 489 bis [hoy ter (comentario a la STS 26 de septiembre de 1974)», *Derecho Penal de la Circulación*, 1993, p. 204; R. GARCÍA ALBERO, *Comentarios*; M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de socorro a la propia víctima», *Derecho penal y seguridad vial, Estudios de Derecho Judicial*, 114, 2007, pp. 44 y ss.; en la jurisprudencia puede ser significativa la STS 1304/2004 de 11 de noviembre (RJ 7537), Fto. Jco. 1º «la víctima se encontraba desamparada, pues ella no tenía posibilidad de valerse por sí por las lesiones que padecía, y nadie la estaba asistiendo». En general, vid. M. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro...*, op. cit., (n. 7), pp. 115 y ss.

<sup>49</sup> En sentido muy próximo se manifiesta GARCÍA ALBERO quien sostiene que la diferencia radica en el sujeto activo que en el caso del art. 226 sería ascendiente, descendiente o cónyuge, mientras que en el caso del 619 podría serlo un hermano (*Comentarios...*, op. cit., (n. 47), art. 619, p. 2575).

## 6. Tratamiento de los casos en los que como consecuencia del abandono sobreviene un resultado negativo para la vida o la salud

Las hipótesis de abandono descritas pueden traducirse en un resultado lesivo que implique un efectivo menoscabo de la salud o, incluso, de la vida de la persona mayor. En la medida en que estamos hablando de hipótesis de abandono, no de malos tratos, se plantea la presencia de un delito de lesiones o de homicidio de comisión por omisión, los cuales requieren que se verifique la presencia de los muy debatidos requisitos del art. 11 CP, cuyo examen desbordaría los márgenes de este trabajo. Nos limitaremos, pues, a un somero análisis de la cuestión de los potenciales concursos del delito de resultado, homicidio o lesiones, con el previo delito contra las relaciones familiares.

La solución probablemente dependa del bien jurídico que se estime se trata de tutelar por medio de las normas encuadradas dentro de los delitos contra las relaciones familiares<sup>50</sup>. Si se parte de la tesis aquí rechazada de que lo protegido por medio de los delitos de los arts. 226 y 229 es la familia o, las relaciones familiares, probablemente deba aceptarse la tesis del concurso de delitos. Como hemos puesto ya de manifiesto, no es ésa nuestra perspectiva. Como tampoco lo es la de quienes sostienen que son los derechos y deberes jurídico-civiles que se desprenden de las relaciones familiares o la de los que estiman que se protege la seguridad. Desde nuestro punto de vista ya expresado, debe apuntarse más bien a la dignidad, integridad, física y moral, de la persona. De tal posición se desprende que en los casos en los que el resultado lesivo sobrevenga asociado al abandono procede apreciar un concurso de delitos, puesto que la dignidad de la persona no es equivalente a la suma de vida, salud, libertad y otros derechos del individuo, sino que siempre queda un remanente que puede ser menoscabado, aunque no se afecte a tales derechos<sup>51</sup>. La in-

<sup>50</sup> Vid. *supra*.

<sup>51</sup> M. ALONSO ALAMO, «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de blancas», *Revista Penal* 19, 1997, pp. 1 y 3. En alguna resolución el Tribunal Supremo parece apuntar tal criterio. Así, en la STS 38/2007 de 31 de enero (RJ 1651), Fto. Jco. 3º, afirma el TS que «La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor... No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos... supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, indepen-

telección propuesta se encuentra en consonancia con el art. 229.3 CP («sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave»), pese a que esta clase de cláusulas, aquí correcta aunque superflua, normalmente resultan altamente distorsionadoras por interferir con las reglas generales del concurso.

---

diente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor».

Sin embargo, en la jurisprudencia, cuando la víctima lo es un menor de edad, se tiende a calificar los hechos como, por ejemplo, homicidio y descartar el delito contra las relaciones familiares (así vid., por ejemplo, ATS de 11 de mayo de 2001 (RJ 5587)).