

## DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA POR GUARDADORES DE HECHO

**Ángel Muñoz Marín**

*Fiscal. Fiscalía General del Estado*

---

### EXTRACTO

La guarda de hecho respecto de un menor genera una serie de deberes en el guardador respecto al menor, cuyos incumplimientos, en algunos supuestos, pueden hacer derivar responsabilidades de índole penal en aquellos. La protección del interés del menor es uno de los pilares en los que se sustenta el ordenamiento jurídico, caminando las sucesivas reformas del mismo en dicha dirección.

**Palabras claves:** abandono de familia, ausencia escolar y guarda de hecho.

---

*Fecha de entrada: 15-11-2015 / Fecha de aceptación: 27-11-2015*

## **ENUNCIADO**

Los menores Rubén, nacido el 5 de abril de 2009, y Rosa, nacida el 15 de agosto de 2006, durante el curso 2013-2014 dejaron de acudir al centro escolar en los siguientes periodos de tiempo: 2 de noviembre de 2013 a 20 de noviembre de 2013, 21 de enero de 2014 a 13 de febrero de 2014, 30 de marzo de 2014 a 10 de abril de 2014 y 20 de mayo de 2014 a 7 de junio de 2014. Durante este lapso de tiempo, tanto el centro escolar como los servicios sociales del ayuntamiento intentaron ponerse en contacto con Antonio y Marta, a la sazón abuelos de los menores, que ostentaban la guarda de hecho de los menores, sin que lo consiguieran ante la negativa a entrevistarse con estos últimos, a la par que la ausencia a las citas que el centro escolar programaba.

Los menores se encontraban bien alimentados y aseados, si bien su nivel académico se encontraba, al menos, con un año de retraso respecto de los de su edad.

*Cuestiones planteadas:*

- Posibles ilícitos cometidos por los abuelos de los menores.

## **SOLUCIÓN**

El relato fáctico nos describe de forma concisa y precisa la situación de dos menores de edad, de 5 y 7 años respectivamente, que estando bajo la guarda de sus abuelos, han tenido durante el curso escolar 2013-2014 una serie sucesiva e importante de ausencias escolares. ¿Estamos ante una conducta que merece un reproche penal o estamos ante un supuesto en que la mera aplicación de las normas civiles sería suficiente?

Dispone el **artículo 226 del CP**: «1. El que dejare cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años».

El precepto se nos muestra como una norma penal en blanco, por lo que para poder configurar el tipo, debemos acudir a normas extra-penales; en este caso al Código Civil, así la **STS núm. 1563/1998, de 15 de diciembre** establece que «conforma el elemento objetivo del delito de abandono de familia que, afectante a la libertad y seguridad, comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia –dada su naturaleza de tipo penal en blanco– la constituyen los artículos del Código Civil reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad de cuyo núcleo central irradian con especial intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo».

El tipo nos describe una serie de instituciones propias del Derecho civil, «la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar», ello supone que el sujeto activo del delito tiene que ser necesariamente una persona que ostente, respecto del menor, alguno de los siguientes títulos, padre o madre, tutor, guardador o acogedor. Necesariamente se nos indica que deberemos acudir a las normas contenidas en el Código Civil para solventar las dudas que puedan presentarse respecto de dichas instituciones. Dejando al margen a la patria potestad, a la tutela o al acogimiento familiar, que no son contempladas en el caso que nos ocupa, sí deberemos detenernos en analizar la figura del guardador.

Si acudimos al Código Civil, la guarda puede ser considerada en dos aspectos, como guarda legal –**art. 172 bis CC**– o como guarda de hecho –**arts. 303, 304 y 306 CC**–. El primero de los supuestos, la guardia legal, exige una resolución de la entidad pública o de la autoridad judicial, mientras que la guarda de hecho no exige las mismas, aunque tanto en el **artículo 303 del CC** (en su redacción dada por la **Ley 26/2015, de 28 de julio**, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), como en el **artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio** (Ley de la Jurisdicción Voluntaria) se establezcan unas medidas de control respecto a la ejecución de la misma. En concreto el **artículo 303 del CC** permite el otorgamiento de medidas cautelares a favor de los guardadores de hecho, así como la constitución de un acogimiento temporal a favor de los guardadores de hecho. Por su parte, el **artículo 52 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria** faculta al juez, además de para establecer las oportunas medidas de control de la guarda de hecho, la posibilidad de instar la promoción del expediente para la constitución de la tutela y de la curatela.

El ejercicio de la guarda conlleva una serie de obligaciones para el guardador. El **artículo 154 del CC** viene a establecer cuáles son los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad, estableciendo en su ordinal primero la obligación de «velar por ellos, tenerlos en su compa-

ña, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». Por su parte, el **artículo 269 del CC**, en relación con las obligaciones que ostenta el tutor, establece en el número primero la de procurarle alimentos, y en el número dos la de educar al menor y procurarle una formación integral. ¿Son aplicables dichas obligaciones al guardador?

Por guardador cabe entender aquella persona en quien se reúnen dos condiciones: a) el desempeño de forma continuada de labores de asistencia, y b) responsabilidad decisoria. Ello indica que el guardador adquiere una posición cercana a la de la patria potestad, tutela o acogimiento familiar. Es más, la figura del guardador ha sido englobada por el legislador, dentro del artículo 226 del CP, junto con la patria potestad, la tutela o al acogimiento familiar, respecto de los deberes de asistencia que las mismas generan hacia los menores, por tanto, no cabe sino concluir que existe un haz de deberes coincidentes que se irradian hacia todas esas instituciones, y entre ellas, no cabe duda alguna que se encuentran el de educar al menor y procurarle una formación integral. A mayor abundamiento, el propio artículo 303 del CC contempla que el órgano judicial requiera al guardador de hecho para que informe sobre «la situación de la persona y de los bienes del menor», con lo cual hay que descartar que la figura del guardador solo tenga connotaciones de índole patrimonial respecto del guardado.

Hemos argüido que el Código Civil contempla la guarda desde dos ópticas, como guarda de hecho y como guarda legal. ¿Se refiere el artículo 226 del CP a la guarda de hecho o a la guarda legal? La solución a la cuestión la hallamos en el examen conjunto de los artículos 226 y 229 del CP. El primero se refiere a la guarda genéricamente sin diferenciar entre ambas; sin embargo, no ocurre lo mismo en el segundo de los tipos. Así, el **artículo 229 del CP** dispone: «1. El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigada con la pena de prisión de uno a dos años. 2. Si el abandono fuera realizado por los padres tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años...». Vemos, pues, que el artículo 229 del CP sí distingue entre ambas guardas, estableciendo una pena agravada para el caso de la guarda legal; por tanto es obvio que el artículo 226 del CP tiene necesariamente que englobar ambas situaciones de guarda, ya que en caso contrario el legislador se hubiera encargado de hacerlo constar. Esta interpretación es la que sigue la **STS núm. 1138/2003, de 12 de septiembre** al señalar que «"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 artículos 303 y 304, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que esté 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. Son precisamente esos amplios términos legales utilizados en estos tipos delictivos básicos –«persona encargada de su guarda»– y esa necesidad de proteger bienes jurídicos tan valiosos las razones que nos llevan a efectuar aquí una interpretación generosa de la ley penal, en todo caso respetuosa con sus propias palabras, como exige el principio de legalidad tan esencial en el Derecho Penal desde hace ya varios siglos, como una de las más importantes conquistas del moderno Estado de Derecho».

Insistimos, pues, en que dentro de los deberes que conlleva ejercer el cargo de guardador, se encuentra el de educarlos y procurarles una formación integral –arts. 154 y 269 CC–, lo que nos remite a la **LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación**, que en su **artículo 4** señala que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todas las personas, desarrollándose, de forma regular, entre los 6 y 16 años de edad. ¿Puede el incumplimiento del deber de proporcionar educación al menor configurar el tipo del artículo 226 del CP? **La SAP de Zaragoza núm. 19/2012 de 6 de noviembre** señala que «...; y la acción sancionable, el incumplimiento de los deberes de asistencia. Por tales no deben de entenderse únicamente los materiales o económicos, inherentes a la patria potestad, sino que se extiende a otros deberes como son, en concreto, la educación y formación integral de los hijos». Por tanto la respuesta debe de ser afirmativa.

Finalmente, únicamente queda por apuntar cuáles son todos los elementos que configurarían el delito y, al respecto, la **SAP de Burgos (1.ª) núm. 88/2015, de 12 de marzo**, señala los siguientes:

- Situación generadora del deber de actuar, que se produce por la existencia de un vínculo entre el omitente, titular de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad y los beneficiarios de tales deberes.
- No realización de la acción.
- Capacidad de la acción, todo ello junto al conocimiento de quien omite la situación del deber y su capacidad de actuación.

Ello aplicado al caso que nos ocupa supone, en primer lugar, la situación generadora existe en cuanto ya hemos dicho que la institución del guardador de hecho es una de las descritas por el tipo. En segundo lugar, no se realiza por los abuelos de los menores la acción, esto es, el procurarles una educación y formación integral y, finalmente en tercer lugar, la capacidad de la acción, reflejada en el conocimiento del deber. No cabe aplicar, respecto de este último requisito, el error, ya que, además del conocimiento general que existe en la sociedad del deber de los menores de acudir a un centro escolar a fin de recibir la necesaria educación, el supuesto nos advierte que, tanto los servicios sociales, como el centro educativo trataron infructuosamente de ponerse en contacto con los abuelos. Por tanto, la conducta dolosa y reiterada de los mismos es palmaria.

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Código Civil, arts. 154, 269, 303, 304 y 306.
- Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal), arts. 226 y 229.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, art. 4.
- Ley 15/2015, de 2 de julio (Ley de la Jurisdicción Voluntaria), art. 53.

- STS núm. 1563/1998, de 15 de diciembre.
- STS núm. 1138/2003, de 12 de septiembre.
- SAP de Zaragoza núm. 19/2012 de 6 de noviembre.
- SAP de Burgos (1.ª) núm. 88/2015, de 12 de marzo.