

ABANDONO DE MENORES

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal (Fiscalía General del Estado)

Extracto:

LA ausencia de alimentación de un menor por parte de aquellos que están obligados a proporcionársela conlleva, al margen de las resoluciones administrativas que adopte la entidad pública, la existencia de un delito de abandono de menores; pudiendo también ser responsables de un delito de lesiones por los resultados producidos por dicha carencia de cuidados.

Palabras clave: menores, abandono.

Abstract:

THE absence of feeding a child by those who are required to provide leads, regardless of administrative decisions taken by the public entity, the existence of a crime of neglect; may also be responsible for a crime of injury the results produced by this lack of care.

Keywords: minors. abandonment.

ENUNCIADO

Sandra era la madre del menor Andrés, el cual contaba en la fecha de los hechos con cuatro años de edad. Las ocupaciones laborales de Sandra le hacían pasar muchas horas fuera del domicilio, por lo que contactó con Simón, de 32 años de edad –al cual conocía del barrio–, a fin de que se hiciera cargo del menor durante esos periodos de tiempo, asumiendo así su cuidado. Las obligaciones de Simón consistían en dar al menor de comer y cenar, llevarle al colegio, ir a recogerle, así como ocuparse genéricamente de él los fines de semana que de manera alterna Sandra tenía que trabajar. A la segunda semana de iniciarse esta situación, al llegar Sandra por las noches se encontraba con que la comida que había dejado preparada para que Simón se la diera al menor se encontraba prácticamente intacta y al inquirir a Simón por dicha circunstancia este se limitaba a decir que el menor se negaba a comer esos alimentos, pero que él le preparaba otros que sí ingería. Esta situación se prolongó de forma más o menos similar durante al menos un mes, lo que hizo que en el colegio se dieran cuenta de que el menor perdía peso, mostrando una actitud un tanto distraída en clase, por lo que procedieron a telefonar a la madre para ponerle de manifiesto la situación, a lo que ella contestó que adoptaría medidas. Lejos de adoptar medida alguna, se limitó a inquirir nuevamente a Simón por los motivos de que su hijo no comiera, siendo la respuesta de este la misma, y que Sandra, a pesar de darse cuenta de la pérdida de su hijo, dio por buena.

Por parte de la directora del colegio del menor se solicitó, al menos en tres ocasiones durante los diez siguientes, una entrevista con la madre para comentar la situación del menor, no acudiendo Sandra a las mismas, a pesar de haber confirmado que asistiría, al entender que las demandas de la citada directora eran exageradas. Como colofón de esta situación, a los dos meses de iniciarse esta situación, estando en el colegio, Andrés sufrió un desmayo, por lo que fue llevado por los responsables del colegio, a instancias de la ATS del mismo centro, al ambulatorio más próximo, que al observar el estado de inanición del menor ordenó su traslado inmediato a un centro hospitalario donde quedó ingresado durante una semana visto el grave deterioro físico que sufría. El menor, en los dos meses en que se prolongó la situación, perdió 5 kilos. El menor acudía puntualmente al colegio, mostrando un estado de higiene adecuado.

Por la entidad pública se acordó declarar, con carácter cautelar, la situación de desamparo del menor.

CUESTIONES PLANTEADAS:

¿Existe responsabilidad penal en la conducta de Sandra y Simón?

SOLUCIÓN

El relato de hechos nos describe lo que, a primera vista, pudiera catalogarse como una situación de «abandono» del menor Andrés, en la cual parecen tener responsabilidad tanto su madre, Sandra, como Simón, a la sazón, persona encargada de la guarda del menor durante largos periodos de tiempo. La situación objetiva de abandono parece dibujarse de forma tan palmaria que por la entidad pública se procede a declarar la situación de desamparo del menor, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del Código Civil: «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda...». Ahora bien, no toda situación de desamparo puede tener la consideración de «abandono»; en tal sentido, deberemos acudir a la descripción que el Código Civil realiza sobre qué debemos considerar como «situación de desamparo»; así, el artículo 172.1 del Código Civil señala: «Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». El precepto describe aquella situación en la que se encuentra el menor y que conlleva un riesgo para el mismo, lo que da lugar a intervenciones de carácter administrativo por el organismo competente. Por tanto, el abandono de un menor es obvio que va a dar lugar a la situación de desamparo descrita pero, solo cuando las acciones u omisiones llevadas a cabo por los sujetos encargados, de uno u otro modo, del menor alcancen una singular relevancia o trascendencia, estaremos ante un ilícito penal.

En el Código Penal, el Libro II, Título XII, Capítulo III, Sección III, bajo la rúbrica genérica de «Del abandono de familia, menores o incapaces», recoge las conductas delictivas en las que podría incardinarse la actuación descrita en el relato de hechos. La primera cuestión a solventar es determinar si nos encontramos ante el tipo básico contemplado en el artículo 226 del Código Penal o ante el tipo agravado tipificado en el artículo 229 de dicho cuerpo legal. El artículo 226 del Código Penal tipifica la conducta de: «El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses»; por su parte, el artículo 229.1 del Código Penal castiga: «El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a dos años», mientras que el tipo agravado se recoge en el artículo 229.2 del Código Penal: «Si el abandono fuera realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años». Podemos, en vista de ambos preceptos, distinguir entre el denominado «abandono de familia» y el «abandono de un menor». El primero de ellos, el abandono de familia –tipificado en el art. 226 CP–, recoge el tipo genérico de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, mientras que el segundo, el abandono de un menor –castigado en el art. 229 CP–, sanciona un tipo específico, de mayor carga de antijuricidad, y por ello castigado con pena más grave, que vas más allá del mero incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el Código Civil

ya que las acciones u omisiones llevadas a cabo por el sujeto suponen un abandono de un menor o incapaz. Por supuesto que ambos tipos penales derivan de una raíz común y protegen un bien jurídico común, esto es, el no cumplir los deberes anejos a la patria potestad o a la guarda (protección y cuidado), pero la intensidad de tal incumplimiento supondrá la integración en uno u otro tipo. En definitiva, el tipo del artículo 229 del Código Penal tipifica y sanciona la conducta de aquel sujeto que crea una situación de riesgo –en este caso, para un menor– por el cese o abandono en sus obligaciones respecto del mismo; sin embargo, el artículo 226 del Código Penal se refiere a una desatención de aquellos deberes específicos respecto del menor, pero sin que dicha desatención suponga un cese en las obligaciones esenciales respecto del menor. A todo ello hay que añadir que el artículo 230 del Código Penal introduce un matiz importante respecto de la conducta del artículo 229 del Código Penal. Así, el artículo 230 del Código Penal castiga: «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». Ello nos da pie a considerar que el artículo 229 del Código Penal castiga el abandono definitivo, lo que se traduce en una situación de peligro de mayor entidad para el menor o incapaz.

Expuesto el panorama legal existente en el Código Penal, la labor que nos queda es de subsunción de la conducta desplegada por Sandra y Simón en alguno de los tipos reseñados u optar por la atipicidad de la conducta (y considerar el derecho penal como *última ratio*), en cuyo caso las medidas adoptadas por la Administración repararían la conducta antijurídica llevada a cabo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al analizar el delito de «abandono de un menor» –art. 229 CP– ha exigido la concurrencia de una serie de requisitos. Estos son:

- Que el sujeto pasivo sea un menor.
- Que el sujeto activo sea aquella persona encargada de su guarda.
- Ha de existir un abandono, esto es, una conducta desplegada por el sujeto activo respecto del sujeto pasivo en virtud de la cual el abandono le sea imputable.
- Una actuación dolosa del responsable (el CP, con su sistema de *numerus clausus* para los delitos, no contempla el abandono de menores o incapaces como un delito que pueda ser cometido por imprudencia), esto es, el conocimiento por parte del mismo de que se trata de un menor, de que él es el encargado de la guarda del menor y de que su actuación o no actuación está causando una situación de abandono en el menor o incapaz.

A continuación trataremos de subsumir la actuación de Sandra y Simón en dichos requisitos a fin de determinar si integran el tipo penal.

Respecto del primer requisito no existe duda alguna, ya que Andrés contaba en el momento de los hechos con la edad de cuatro años.

Mayores problemas puede plantear el segundo de los requisitos, ya que nos encontramos con dos sujetos potencialmente responsables y que se encuentran respecto al menor en una situación personal diferente. Así, en cuanto a la idoneidad de Sandra –madre del menor–, no ofrece ninguna duda, ya que como madre ostenta la patria potestad del menor –art. 154 CC– y por ende las obligaciones que se recogen en dicho precepto (velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral). Sin embargo, mayores problemas presenta la figura de Simón y su encuadre en el tipo legal, esto es, como «persona encargada de su guarda». El Tribunal Supremo ha manifestado al respecto que no nos encontramos ante la denominada guarda de hecho –arts. 303 y 304 CC– sino ante una figura más amplia y que viene referida a cualquier persona que viene realizando, respecto del menor, labores de custodia; afirma el Alto Tribunal que los amplios términos utilizados por el legislador vienen referidos a «quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección». La base sobre la que fundamenta dicha afirmación radica en los sujetos a los que en el tipo agravado –art. 229.2 CP– describe (padre, tutores o guardadores legales); ello supone que el párrafo primero irá referido a aquellas personas que no ostenten la condición de guardadores legales, pero que por las circunstancias especiales concurrentes en cada caso adquieren dicha condición. En el caso de Simón no cabe duda de que ostenta la condición de encargado de la guarda del menor, ya que la situación del mismo respecto del menor hay que considerarla con cierto carácter de permanencia en el tiempo (dos meses hasta que se produce el ingreso hospitalario del menor).

El tercero de los requisitos, la situación de abandono del menor, entendemos que es el elemento clave para la resolución del supuesto. La jurisprudencia afirma que la situación de abandono existe no solo «cuando se deja a un menor a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de cuidados que venía recibiendo», sino que la situación de abandono también se puede predicar en aquellos casos en que el menor no recibe las necesarias atenciones por parte de quien está obligado a ello. Por tanto, nos encontraríamos ante una situación de abandono siguiendo dos vectores dispares; por una parte, una situación instantánea de abandono en la que se corta radicalmente todo vínculo con el menor y, por otra parte, aquella situación en que no se produce esa ruptura traumática del vínculo pero en la que existen unas carencias palpables respecto de los deberes legales respecto del menor. Ambos son supuestos de abandono. A mayor abundamiento, se requiere que la situación de abandono pueda ser imputada al sujeto.

Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa observamos como la situación de riesgo creada respecto del menor gravita en la falta de alimentación –el deber de proporcionar alimentos es una de las obligaciones a que se refiere el art. 154 CC–, sin embargo, también se nos dice que el menor acudía puntualmente al colegio mostrando un estado de higiene adecuado. Ello nos proporciona una lectura clara de que la atención hacia el menor existía con carácter general, circunscribiéndose la desatención al plano alimenticio, en un plazo no superior a dos meses. ¿Es esta desatención respecto a las obligaciones alimenticias una situación de abandono? El relato de hechos, al referirse al ingreso hospitalario del menor tras sufrir un desmayo en el colegio, describe un «grave deterioro físico», lo que conlleva, sin duda alguna, una grave situación de riesgo para el menor, hasta el extremo de quedar ingresado en el centro durante una semana. Este panorama creado respecto del menor da pie a considerarlo como incurso en una situación de abandono, sin embargo tam-

poco es descartable, vista la línea jurisprudencial respecto a estos tipos, que al no existir una ruptura total de los vínculos asistenciales respecto del menor hubiera quien defendiera la tipificación con arreglo al artículo 226 del Código Penal.

En cuanto a la imputación del referido abandono –por el que nos inclinamos– a Sandra y Simón, hay que concluir que la misma existe. En cuanto a Simón –encargado directo de la alimentación del menor–, la omisión de dicha obligación y la conexión con el resultado (imputación objetiva) es clara. La conducta de Sandra podría presentar mayores dificultades, ya que había delegado la alimentación del menor en Simón; sin embargo, la madre tiene conocimiento de la situación, bien por su propia percepción de la situación (percibe que la comida que prepara aparece «prácticamente intacta»), bien porque aprecia la pérdida de peso de su hijo, bien por la advertencia del colegio que le pone de manifiesto la situación. A ello hay que unir la inasistencia de la madre a las entrevistas concertadas con la directora del colegio para comentar la situación en que se encontraba Andrés. Todo ello dibuja un panorama en el que Sandra, conocedora de la desatención, obvió cualquier actuación seria y firme para evitarla, consintiendo la misma, y por tanto coadyuvando en su realización.

Esto último nos conduce al último de los requisitos, esto es, el dolo en la conducta de Simón y Sandra. El dolo habrá de ir referido al conocimiento por parte del sujeto activo de la existencia de los tres primeros requisitos: el conocimiento de que el sujeto pasivo es un menor, el conocimiento de las obligaciones que el autor ostenta respecto del cuidado y, finalmente, que las acciones u omisiones (en este caso omisiones) llevadas a cabo están favoreciendo la situación de abandono del menor. Hay que entender que ambos acusados eran conocedores de la existencia de los tres requisitos visto lo expuesto.

En cuanto a la situación física del menor, aun cuando el relato no cuantifica las lesiones que hubiera podido sufrir el menor, el hecho de permanecer ingresado en un centro hospitalario bajo atención médica es demostrativo de que las mismas han tenido lugar. La duda surgiría en determinar si dichas lesiones, de las que son responsables tanto Sandra como Simón, podrían imputárseles a título de dolo o imprudencia. La actuación de Simón, privando al menor de los alimentos precisos para su sustento, ha creado una situación de riesgo que ha concluido con las lesiones sufridas por el mismo. La praxis judicial ha venido reconociendo que en el delito de lesiones no es necesaria la existencia de un dolo directo, bastando la existencia del denominado «dolo eventual», ya que no es necesario que la voluntad del sujeto vaya dirigida a la causación del resultado lesivo, sino que es suficiente con que el mismo conozca que los actos que está realizando –en nuestro caso, que no está realizando– son potencialmente aptos para producir el resultado. A mayor abundamiento, en el delito de lesiones el dolo no necesita de una representación exacta de las consecuencias que se van o pueden producir, tan solo es necesario que el resultado producido sea una concreción posible del peligro creado con la acción o con la omisión.

Con base en lo expuesto, Simón es autor de las lesiones a título de dolo eventual, ya que necesariamente tuvo que representarse que la no alimentación del menor, con la pérdida de peso que ello conllevaba, podía producir el resultado lesivo, aceptándolo. Por su parte, Sandra, analizado todo lo

dicho hasta el momento, tuvo que, necesariamente, conocer que su hijo no estaba siendo alimentado por Simón y de las consecuencias que ello produciría, y a pesar de ello consintió en dicha omisión, por lo que, al menos a título de dolo eventual, es responsable igualmente del delito de lesiones.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 154, 172, 303 y 304.
- Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal), arts. 226, 229 y 230.