

# **EL MENOR COMO OBJETO DE TUTELA PENAL**

**CARMEN LAMARCA PEREZ**

Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad Carlos III de Madrid

## **INTRODUCCION**

Si es cierto que "la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil" (1), en pocas ocasiones estará más justificado el recurso al Derecho punitivo que en éste de la protección del menor; es más, como veremos, en algunos casos sólo la edad de la víctima justifica la intervención penal. En este sentido, resulta lamentable que nuestra sociedad, que tanto ha avanzado en algunos aspectos, conserve sin embargo lacras de miseria, explotación y desamparo que parecen permanentes. Ciertamente, no son los menores las únicas víctimas, ni cabe tampoco describir un panorama tan desolador como el de la primera etapa de la industrialización, cuando el capitalismo se desarrolló sin complejos ni cortapisas; pero, aunque la normativa protectora y la misma sensibilidad social hayan mejorado muy notablemente, salta a la vista que siguen produciéndose demasiados casos de malos tratos, abuso y abandono de niños y menores, muchas veces incluso en el propio círculo familiar.

No me propongo, sin embargo, realizar aquí un pormenorizado estudio de cada uno de los tipos delictivos dirigidos a la tutela de los menores; el objeto de este trabajo tan sólo es ofrecer una visión general de esa tutela, incidiendo en aquellos aspectos que se consideran más relevantes o novedosos y ello con la finalidad de que, a la vista de esa regulación general, estemos en condiciones de reflexionar sobre si en este ámbito cabe encontrar un Derecho penal que proteja de mejor modo a los más débiles. Lo que es cierto en todo caso, y ya adelanto así mis conclusiones, es que el Derecho penal por sí solo no ofrece ni podrá ofrecer una solución al problema; en este sentido, creo que en pocos ámbitos resulta más acertada aquella idea de Radbruch de abandonar la búsqueda

de un Derecho penal mejor para intentar algo mejor que el Derecho penal.

## DELITOS CONTRA LA VIDA E INTEGRIDAD

Siguiendo pues la misma sistemática que ofrece el Código penal, es decir, en función de los bienes jurídicos individuales afectados en cada caso, creo que pocas particularidades cabe registrar en favor de los menores en cuanto a la protección de la vida pues, lógicamente, nuestro ordenamiento penal protege de igual modo la existencia de todas las personas independientemente de la edad de la víctima; como es sabido, sólo cuando se dan determinadas relaciones de parentesco o cuando la agresión se ejecuta de determinadas formas la privación de este bien jurídico se hace acreedor a un mayor reproche penal.

En el supuesto del parricidio, resulta evidente que la razón de ser del precepto no consiste en proteger la vida del menor; es más, incluso parece dudoso que el tipo pueda concebirse como un supuesto de defensa de las relaciones familiares, al menos de las relaciones familiares como modernamente se conciben y están asimismo reconocidas por el propio ordenamiento jurídico. El parricidio es, sin duda alguna, el tipo penal que de forma más restrictiva interpreta el concepto de parentesco al admitir únicamente la consanguinidad en línea directa para ascendientes y descendientes o el matrimonio; de este modo, cabe que se produzcan situaciones que hoy pueden considerarse paradójicas como sancionar con mayor pena la muerte del hijo consanguíneo que la del adoptivo, o la del cónyuge separado desde hace varios años frente a la de aquella persona con la que se mantiene una relación de análoga afectividad al matrimonio.

En realidad, el problema reside en el propio fundamento del delito de parricidio que, como señala mayoritariamente la doctrina, no presenta ninguna diferencia en el contenido de injusto con el tipo de homicidio (2), por lo que la solución más satisfactoria sería la desaparición de este tipo específico tal y como prevén los sucesivos proyectos de nuevo Código penal. Ello no sólo resolvería los tradicionales problemas que se plantean en materia de error y participación o, más modernamente, de concurso en relación al asesinato; permitiría también aplicar la circunstancia del artículo 11 que ofrece un concepto más amplio de parentesco si bien, en último término, lo que quizá debiera someterse

a revisión es la misma relevancia jurídico-penal de la relación de parentesco que, a mi juicio, no conlleva necesariamente, en estos casos, una mayor reprochabilidad de la conducta (3).

Tampoco el infanticidio, a pesar de su denominación, constituye un tipo específico de protección del menor en nuestro ordenamiento penal; en este caso, lo que se establece es justamente lo contrario, un privilegio, que se traduce en la imposición de una pena menor para la madre que da muerte al "recién nacido" impulsada por el móvil de ocultar su deshonra. No voy a detenerme aquí en las críticas que desde hace ya mucho tiempo viene suscitando este precepto, vieja herencia del iluminismo penal. Me interesa subrayar, no obstante, que el lugar de la figura privilegiada del infanticidio tampoco debe ser ocupado ahora por un tipo específico o agravado de homicidio de menores, estimando que privar de la vida a un menor incorpora siempre un mayor desvalor. Aunque precisamente sea esto lo que viene haciendo el Tribunal Supremo al mantener en reiterada doctrina que la muerte de un niño, como la de cualquier ser indefenso, constituye siempre y necesariamente una conducta alevosa, y por tanto, un delito de asesinato y no de homicidio. De este modo, y si bien por vía de una discutible interpretación judicial, encontramos un supuesto en el que se protege con mayor vigor el bien jurídico vida atendiendo al criterio de la edad de la víctima.

Con todo, hay que señalar también que la mencionada línea jurisprudencial ha sido siempre criticada por la mayor parte de la doctrina, advirtiendo que es precisamente en los supuestos de muerte de niños o seres indefensos donde resulta más discutible que la circunstancia de alevosía pueda ser aplicada. Como indica Muñoz Conde (4), la situación de indefensión es en estos casos claramente objetiva y no buscada ni provocada por el autor del hecho, como requiere textualmente la agravante; por ello, su aplicación automática por parte del Tribunal Supremo puede considerarse una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad penal. En todo caso, y al margen de que, en mi opinión, el tipo de asesinato tampoco incorpora un mayor contenido de injusto que justifique su distinción del homicidio (5), creo que en el supuesto de muerte de niños, ancianos o personas desvalidas podrían ser de aplicación las agravantes de abuso de superioridad o desprecio por la edad, poniendo desde luego el acento, más que en el dato cronológico de la edad, en la situación concreta de indefensión de la

víctima que es quizá lo que pueda justificar un mayor reproche a la conducta (6).

Pero si en el ámbito de protección de la vida no existen en realidad normas especialmente dirigidas a los menores, otra cosa sucede con respecto a la tutela de su integridad física y psíquica en el entorno de las relaciones familiares. En primer lugar, debo señalar que merece general aplauso la desaparición, quizá un poco tardía pues procede de la reforma de 1983, del tristemente célebre último párrafo del artículo 420 que excluía la agravación por parentesco cuando las lesiones eran causadas por el padre a su hijo "excediéndose" en su derecho de corrección. Como es sabido, el Código Civil otorga a los padres la facultad de corregir a sus hijos, es decir, la facultad de orientar su conducta, pero lo que de ningún modo parece admisible en un sistema que proclama el valor de la dignidad humana (artículo 10,1 CE), e incluso a la luz de la difusa moralidad social, es que dicha corrección se traduzca en una violencia física o psíquica capaz de producir lesiones; buena prueba de ello es que, ante las alarmantes informaciones sobre la proliferación de violencias y agresiones en el ámbito familiar, el legislador se decidiera en la reforma de 1989 a incluir en el Código penal un precepto, el actual artículo 425, comúnmente denominado por la doctrina como "delito de violencias en el ámbito familiar o tutelar".

Pero si resultaba indudable la necesidad de ofrecer una respuesta penal específica en estos casos, la reforma se justifica además, como ha destacado Tamarit (7), porque habida cuenta del medio en que se produce este género de violencia, el ámbito familiar, existen altísimas posibilidades de que triunfe la impunidad. Impunidad, de un lado, porque las víctimas, tanto en el caso de los niños como de las mujeres, no suelen denunciar las agresiones por temor a las represalias, pero, sobre todo, porque en muchas ocasiones las agresiones, aisladamente consideradas, presentan una escasa entidad que a lo más que podrían conducir es a la aplicación de la falta de malos tratos. Lógicamente, el nuevo tipo no basta para vencer el temor a la denuncia, pero sí ofrece respuesta específica al tipo de agresiones más comunes en el círculo familiar.

En relación con la nueva figura conviene destacar en primer término que, frente al criterio restrictivo que presenta la noción de parentesco en el parricidio, aquí las relaciones familiares se contemplan de un modo mucho más completo, amparando tanto al cónyuge como a la persona unida por análoga relación de afectividad, tanto

a los hijos sujetos a patria potestad como a los pupilos o menores sometidos a guarda de hecho; acertada me parece también la equiparación que se establece entre menores e incapaces. No están previstos, sin embargo, los supuestos de violencias físicas a ascendientes, a los que únicamente hace referencia la mencionada falta de malos tratos del artículo 582. Esta ausencia resulta inexplicable si pensamos que las agresiones a ancianos en el seno de la familia han registrado también un notable aumento (8) y que se trata, como en los supuestos anteriores, de personas indefensas. Por ello, quizá aquí también hubiera sido deseable que el precepto destacara, más que la relación de parentesco entre agresor y víctima, la situación de prevalencia de uno e indefensión del otro (9).

Por otra parte, se requiere que las violencias físicas se ejerzan de modo habitual (10), es decir, que sin ser necesario que exista una condena previa, debe probarse que, al menos, han existido otras tres conductas delictivas similares, según la reiterada doctrina que nuestros tribunales mantienen sobre este concepto. Sin embargo, creo que en estos casos no debe aplicarse un concepto riguroso de habitualidad (11), que quizá pudiera conducir a resultados no queridos por la norma; por tanto, no sólo deben bastar las previas denuncias policiales sino, incluso, el testimonio de vecinos o personas pertenecientes al mismo ámbito familiar o tutelar en que se desarrolle la conducta. Asimismo, entiendo que no es necesario que la agresión recaiga siempre sobre un mismo sujeto pasivo aunque sí que se desarrolle en un mismo ámbito; piénsese, por ejemplo, en el padre que hace objeto de maltratos continuados a todos sus hijos indistintamente.

Por último, la doctrina señala que hubiera sido oportuno haber previsto en estos casos la privación de los derechos de patria potestad, tutela o guarda, tal y como se contempla en los delitos contra la libertad sexual del menor o en el de abandono de familia (12). En todo caso, está abierta la vía para privar de estos derechos de acuerdo con lo establecido en el artículo 170 del Código Civil, que alude a los casos de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o tutela y que ha sido aplicado en supuestos de extralimitaciones en el derecho de corrección.

## AGRESIONES SEXUALES

Pero quizá sea en el capítulo de los delitos contra la libertad sexual donde encontremos

un mayor número de normas dirigidas a la tutela del menor; es más, en la mayoría de los casos nos hallamos ante supuestos que, como señalábamos al principio, sólo la edad de la víctima justifica el recurso al "ius puniendi". Como es sabido, la prohibición de realizar actos sexuales con menores está basada en que puede afectar al desarrollo de su personalidad, esto es, en que puede producir alteraciones que incidan posteriormente en su equilibrio psíquico o emocional. En realidad, el bien jurídico protegido en estos casos no sería propiamente la libertad sexual, entendiendo por tal la capacidad de decidir libremente, sino que la mayoría de la doctrina habla de una cierta indemnidad o intangibilidad sexual, es decir, de lo que se trata es de asegurar la futura libertad sexual del menor al que, por principio, se le niega capacidad para comprender el significado y alcance del ejercicio de su sexualidad (13).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esta materia está sometida a variaciones temporales, espaciales y culturales. Es así evidente que la edad en la que se permite a un menor ejercer libremente su sexualidad varía según los países y los tiempos y que la misma debe tener en cuenta factores como el grado de desarrollo sexual, la educación recibida, etc.; como ejemplos, en nuestro propio sistema la edad que se requiere para contraer matrimonio es distinta en el orden civil y canónico (14), y sólo desde la reforma del Código penal de 1989 se protege en este ámbito de igual modo al hombre que a la mujer al especificarse que el acceso carnal puede realizarse tanto por vía vaginal como anal. Hechas estas consideraciones, veamos cómo y con qué fundamento protege nuestro Código penal la indemnidad sexual del menor de edad.

Ante todo, la minoría de edad de 12 años equivale en la concepción del Código a falta de consentimiento; por eso al tipo de violación, es decir de acceso carnal no consentido por vía vaginal, oral o bucal, así como a los casos de cualquier otra agresión sexual violenta, se equipara que el sujeto pasivo sea menor de 12 años de edad. Es irrelevante, por tanto, que el menor de esa edad preste o no su anuencia a la relación sexual pues se presume "iuris et de iure" su falta de consentimiento al no gozar, según el ordenamiento jurídico, de capacidad para otorgarlo. En el supuesto en que la conducta se realice además por ascendiente, tutor, maestro o persona con abuso de autoridad o encargo será de aplicación, para todos los tipos que protegen la libertad sexual, el artículo 452 bis g), que es ley especial frente a la circunstancia

genérica de parentesco (15) y que, asimismo, prevé la posibilidad de privar a los culpables de los derechos de patria potestad y tutela (16). La protección penal del menor parece vigorosa, pero creo que presenta también algunas dificultades y motivos de crítica, si bien ciertamente no todos conectados al problema de la edad del sujeto pasivo.

En primer lugar, creo que la violación por vía bucal constituye un supuesto más cercano a las agresiones degradantes o vejatorias, mientras que, por el contrario, la conducta que consiste en introducir objetos o hacer uso de medios, modos o instrumentos brutales es merecedora de un mayor reproche penal, hasta el punto de que incluso deba ser equiparada al mismo acceso carnal violento (17). Pero, sobre todo, no me parece conveniente equiparar, como hace el artículo 429, los supuestos en que el acceso carnal se realiza por fuerza o intimidación a aquellos otros en que la violación se lleva a cabo abusando de la enajenación o privación del sentido de la víctima (18); a mi juicio, se trata de supuestos que requieren un tratamiento diferenciado, pues resulta evidente que no es lo mismo actuar contra la voluntad expresa de la víctima que abusar de un consentimiento otorgado cuando presumiblemente se carece de capacidad para ello.

Pero el problema se complica aun más cuando el legislador equipara a estos supuestos el acceso carnal con menor de doce años. En este caso, se señala de modo expreso que es indiferente que concurren o no las anteriores circunstancias, es decir, es indiferente que la conducta se realice por fuerza o intimidación, con privación de sentido o, incluso, mediante engaño o prevalimiento. Sin embargo, creo que cuando la conducta sexual recae sobre un menor de edad es quizá cuando resulta más necesario ofrecer una respuesta penal diferenciada; si, como hemos señalado, la prohibición de realizar actos sexuales con menores se fundamenta en que pueden afectar al desarrollo de su personalidad, en que pueden condicionar gravemente su comportamiento posterior en el ámbito sexual, es evidente que este ejercicio les afectará en mayor medida si se realiza de forma violenta o intimidatoria que si existe engaño o consentimiento, por muy viciado que éste se considere.

Por lo demás, y aun cuando no afecte al objeto de este trabajo, tampoco me resisto a señalar el que, en mi opinión, constituye defecto principal de este grupo de preceptos o, al menos, el que acentúa los problemas ya examinados. Me refiero, claro está, a su excesiva

penalidad; una penalidad que, equiparada en el caso de la violación al tipo de homicidio, tiene todas las contraindicaciones posibles. De un lado, infringe el principio de proporcionalidad de las penas pues no parece discutible que la vida es un bien jurídico superior a la libertad e indemnidad sexual. De otro, puede tener un claro efecto criminógeno y de hecho es constatable que el autor de la violación termina matando a la víctima al objeto de no ser descubierto. Finalmente, unido el exceso de penalidad a las naturales dificultades de prueba, puede propiciar una más que rigurosa observancia del principio de presunción de inocencia; en otras palabras, la solicitud de máximo castigo para estas conductas, clamada a voces por algunos sectores de nuestra sociedad, puede lograr justamente el efecto contrario.

En cuanto al delito de estupro, que, como es sabido, consiste en tener acceso carnal mediante prevalimiento o engaño, se trata de un supuesto específicamente dirigido a la protección de los menores pues la conducta sólo es penalmente relevante cuando el sujeto pasivo es mayor de 12 y menor de 16 o 18 años. En la primera hipótesis, prevaleciendo el sujeto activo de su superioridad, no basta constatar la diferencia de edad entre agresor y víctima, pues según creo sobraría entonces toda referencia al prevalimiento; asimismo, y aunque el artículo 434 señala expresamente que la superioridad puede estar "originada por cualquier relación o situación", entiendo que no se trata tampoco de una superioridad física o de una mera desigualdad social, sino más bien de supuestos de abuso de autoridad legal o moral que determinan la solicitud de unos y el consentimiento de los otros (19). A mi juicio, no resulta entonces fácilmente aplicable al delito de estupro ni la agravante genérica de parentesco ni la específica del artículo 452 bis g); en los casos de ascendientes o hermanos porque está expresamente previsto el tipo agravado de incesto (20), y en los demás, porque lo más habitual es que la superioridad tenga su origen precisamente en esa relación de parentesco, tutela, etc.

La modalidad de estupro-engaño, por su parte, tiene frente al precepto comentado un menor ámbito de aplicación, pues el límite de edad del sujeto pasivo se establece en mayor de 12 y menor de 16 años, diferencia que, como ha señalado la doctrina, no parece de fácil justificación (21). Quizá la cuestión derive de la interpretación que nuestro Tribunal Supremo ha venido realizando del término engaño, reducido casi en exclusiva a la existencia de una falsa promesa de matrimonio; ello pudo propiciar que

el legislador, más atento en este caso a la realidad social, estimara, con razón, que esta forma de engaño difícilmente podría hoy inducir a error a víctimas de edad superior a los 16 años.

No obstante lo comentado, tampoco encuentro ningún obstáculo para que la edad se equipare en estos supuestos a la del estupro de prevalimiento pues, en todo caso, siempre ha de comprobarse que el engaño es la causa directa del consentimiento prestado para el acceso carnal, pudiendo existir otros medios fraudulentos capaces de viciar la voluntad en edades superiores como, por ejemplo, el fingimiento de estado civil. En último término, quizá tenga razón Muñoz Conde cuando señala que los casos verdaderamente merecedores de pena pueden ser incluidos en el estupro de prevalimiento (22) pues en muchas ocasiones si el engaño resulta eficaz es por la relación o situación de superioridad en que se encuentra el sujeto activo frente a la víctima.

Pero si con respecto al estupro he manifestado mis dudas sobre la posibilidad de extender en algún caso su ámbito de aplicación a los mayores de edad penal, los supuestos de exhibicionismo y provocación sexual son, por el contrario, de aquellos que a mi juicio sólo la minoría de edad del sujeto pasivo justifica el recurso al "ius puniendi". Por ello, creo que hubiera resultado más acertado elevar el límite previsto en el artículo 431 a los 18 años, despenalizando los supuestos de exhibicionismo no consentido ante mayores de edad (23).

Por otra parte, estos tipos, procedentes de la reforma efectuada en el Código penal por la Ley Orgánica 5/88, de 9 de junio, sustituyeron, como es sabido, a los "delitos de escándalo público" que sancionaban cualquier modo de ofensa al pudor o a las buenas costumbres y la exposición de doctrinas contrarias a la moral pública; conductas cuya imprecisión conceptual favoreció una polémica interpretación jurisprudencial impregnada de contenidos moralizantes. Con mejor criterio, se criminaliza ahora la ejecución de actos lúbricos o de exhibición obscena así como la difusión de material pornográfico. Es cierto, sin embargo, que la actual referencia a la obscenidad, de un lado, y la falta de definición legal de lo que debe entenderse por pornografía, de otro, pueden seguir planteando serios problemas de interpretación en estos tipos penales (24).

La privación de libertad realizada con el fin de atentar contra la libertad sexual, es decir, el tipo de raptó, es también un supuesto donde se encuentra especialmente protegida la in-

demnidad sexual de los menores pues, del mismo modo que en la violación, cuando la edad del sujeto pasivo sea inferior a 12 años resulta indiferente que el rapto se realice o no contra su voluntad, mientras que, a partir de la mencionada edad, el ámbito de aplicación del precepto se circunscribe a los casos de empleo de violencia. No obstante, los límites de edad penal previstos por la norma y, sobre todo, su configuración como tipo autónomo dentro de los delitos contra la libertad sexual plantean graves discordancias con otros preceptos del Código penal que hacen aconsejable su desaparición (25).

Partiendo del hecho de que el rapto constituye un tipo pluriofensivo, encaminado a proteger diversos aspectos del valor libertad, resulta inexplicable, en primer lugar, que la conducta se halle sancionada con idéntica pena que la prevista para las detenciones ilegales o la sustracción de menores, e incluso que, en algunos casos, pueda representar frente a los mismos un tipo privilegiado (26). Junto a ello, la presunción "iuris et de iure" sobre la falta de capacidad del menor de 12 años para otorgar su consentimiento, vinculada únicamente a conductas de finalidad sexual, conduce también a resultados insatisfactorios. De este modo, si la privación de libertad se realiza sin la finalidad señalada, y con la anuencia del menor de 12 años pero mayor de siete, la conducta sólo podrá ser incardinada en el supuesto de inducción al abandono de la casa de los padres (artículo 486), conducta que está sancionada con una pena notablemente inferior a la prevista para el rapto por lo que, como señala Muñoz Conde, se produce una cierta distorsión valorativa en el sistema del Código penal (27). La aplicación de este último precepto procederá, asimismo, en aquellos casos en que la víctima, mayor de 12 y menor de 18, consiente en su detención o encierro con finalidad sexual, y ello aunque se trate de un consentimiento viciado; el hecho resultará impune, sin embargo, si se trata de menores emancipados.

Por todo ello, no encuentro ninguna razón para seguir manteniendo el tipo de rapto, conducta que, como señala Zugaldía, podría ser perfectamente incardinada en los supuestos de detenciones ilegales o sustracción de menores en concurso, en su caso, con los respectivos tipos que protegen la libertad e indemnidad sexual (28); propuesta que, con acierto, fue recogida por el Proyecto de Código penal de 1992. Por otra parte, y en lo que respecta a la protección de los menores, creo que, de considerarse relevante la edad del sujeto pasivo

en los casos de privación de libertad, lo que debe realizarse es una modificación de los tipos de detenciones ilegales y sustracción de menores.

Pero quizá dentro de los supuestos que protegen la libertad e indemnidad sexual las conductas que han experimentado un mayor incremento en los últimos tiempos han sido las de favorecimiento de la corrupción y prostitución de menores. Sin llegar al extremo de los países del tercer mundo, donde la prostitución se ejerce básicamente por menores de edad, también se ha detectado en nuestro país, al margen de casos individuales, la existencia de organizaciones dedicadas al tráfico de menores; desde luego la prostitución o corrupción en sí misma no constituye delito, sino que únicamente se sanciona a las personas que favorecen esa situación; en todo caso, creo que la persecución de estas conductas debería limitarse a los supuestos en que afectan a menores de edad, incapacitados o cuando se realizan contra la voluntad del sujeto pasivo y de ahí lo acertado de la reforma operada en 1989 al reducir en determinados supuestos la edad de la víctima de 23 a 18 años, es decir, al fijar el límite en la mayoría de edad civil (29).

Especial protección se otorga en este ámbito a los menores cuando el favorecimiento de la prostitución o corrupción se realiza por sus propios ascendientes o guardadores; así, junto a la agravación prevista por el artículo 452 bis g), cabe destacar lo señalado en el artículo 452 bis e) sobre incumplimiento de deberes asistenciales. Este último precepto sanciona, en efecto una conducta puramente omisiva de la persona bajo cuya potestad estuviese un menor que, conociendo su prostitución o corrupción, no recobra la custodia o lo pone a disposición de la autoridad. Más discutible es que esta obligación se imponga también al guardador de hecho (30). No cabe olvidar, asimismo que si la prostitución es alentada en algunos casos por los propios padres o guardadores, a veces como medio de paliar las necesidades económicas familiares, en la actualidad quizá el modo más común de corromper al menor se logre por la vía de iniciarle en el consumo de drogas tóxicas; la dosis de droga es así, en muchas ocasiones, la única contraprestación que recibe el menor prostituido.

En cuanto a los tipos delictivos de favorecimiento en general de la corrupción y prostitución, creo que, a pesar de las reformas operadas, sigue vigente la crítica realizada por la doctrina en el sentido de que debería simplificarse la descripción de estas conductas,

evitando especialmente, como señala Boix, la referencia a casas y lugares de vicio o el uso de expresiones como tráfico inmoral, que sin duda favorecen la confusión entre moral y derecho (31). Asimismo, quizá debería desaparecer el propio término corrupción, que parece aludir a una ambigua situación de carácter más amplio que la prostitución, tradicionalmente definida como el acceso carnal mediante precio (32); y ello, entre otras razones, porque el lenguaje ordinario ha ido transformando su significado, pues hoy por corrupción no suele entenderse ninguna conducta relacionada con la sexualidad, sino más bien con el cohecho, tráfico de influencias, etc.

## **ABANDONO Y SUSTRACCION DE MENORES**

Dentro del Título XII del Código penal, "Delitos contra la libertad y seguridad", se encuentran recogidos aquellos tipos delictivos que presentan una mayor vinculación con la tutela de las relaciones familiares. Como señala Muñoz Conde, desde una perspectiva liberal la protección de la familia ha sido una cuestión jurídica privada tradicionalmente ajena al Derecho penal (33), si bien es cierto que, desde hace algún tiempo, se proyecta sobre nuestro ordenamiento jurídico una concepción de carácter más social sobre las funciones del Derecho que ha favorecido la aparición de figuras delictivas como el abandono de familia, introducido en el Código penal en 1942, más recientemente el delito de impago de prestaciones económicas, e incluso algunos Proyectos de Código penal han recogido la propuesta, realizada por un sector de la doctrina (34), de crear un título específico destinado a la protección familiar.

La mencionada propuesta no es, sin embargo, una cuestión pacífica, pues resulta ciertamente discutible que deban ser las normas jurídico-penales las que afronten la tutela de una institución que, aunque garantizada por nuestro texto fundamental, debe estar siempre supeditada y justificada en el desarrollo de los valores de libertad y dignidad personal, tal y como también indica la misma Constitución. En este sentido, afirma Carbonell que no compete al derecho penal asegurar la existencia de la familia sino la asistencia familiar (35), es decir, asegurar el cumplimiento de aquellas obligaciones derivadas de la relación familiar cuya inobservancia afecte directamente a bienes jurídicos individuales dignos de protección penal; y, si se parte de estos presupuestos, no creo entonces que la creación de un título específico para la

protección de la familia deba resultar especialmente polémico. No obstante, tampoco creo que en este punto la reforma presente carácter necesario porque quizá el concepto seguridad, que hoy rubrica esta normativa, sea el que de mejor modo refleje su significado (36); con él se pone claramente de manifiesto, de un lado, que no toda obligación derivada de la institución familiar debe ser tutelada por este sector del ordenamiento (37), mientras que, por otro, cabe asimismo incluir otras obligaciones de carácter asistencial no derivadas de un concepto estricto de relación familiar pero susceptibles de merecer la misma protección (38).

En cuanto a los tipos delictivos que en la actualidad se enderezan a la protección de las relaciones familiares, se encuentran recogidos en el Capítulo "Del abandono de familia y de niños", que regula el cumplimiento de diversas obligaciones asistenciales y, fundamentalmente, la infracción de deberes de contenido económico. Este es el caso, por ejemplo, del tipo previsto en el segundo párrafo del artículo 487, que sanciona la no prestación de la asistencia indispensable para el sustento de descendientes menores o incapaces para el trabajo, cónyuge e incluso de ascendientes (39); y asimismo, del llamado delito de impago de prestaciones económicas, tipo incorporado al Código penal por la reforma de 1989 que consiste en incumplir, durante un determinado período de tiempo, las prestaciones económicas establecidas, por convenio o resolución judicial, en favor del cónyuge o de los hijos en los supuestos de separación, divorcio o nulidad. Ahora bien, si en el primer caso está plenamente justificada la intervención del derecho penal por la situación de absoluto desamparo a que conduce el incumplimiento de las obligaciones legales, no parece ocurrir lo mismo en el segundo, que ha merecido la crítica unánime de la doctrina.

Ciertamente, más que un supuesto de protección de la seguridad familiar, el delito de impago de prestaciones constituye un tipo específico de desobediencia donde lo relevante es resistirse a las órdenes dictadas por un Tribunal competente en la materia (40), siendo indiferente la situación o no de necesidad en que se encuentren el cónyuge o los hijos del obligado. En realidad, y como indica Boix (41), o bien el precepto resulta contrario a nuestro orden constitucional, al contemplar la posibilidad de reinstaurar la desaparecida institución de la prisión por deudas (42), o, en otro caso, resulta perfectamente innecesario por cuanto, en aquellos supuestos en que el incumplimiento deba tener una relevancia penal, la conducta

puede ser perfectamente incardinada en otros tipos delictivos (43).

Que el incumplimiento de deberes se limite a los de estricto contenido económico resulta, sin embargo, más dudoso en el tercero de los tipos de abandono de familia contemplado por el párrafo primero del artículo 487, que habla en general de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio. Con todo, para ser coherente con lo expresado más arriba creo que sólo la infracción de los deberes de contenido económico puede tener cabida dentro del concepto penal de abandono (44). No obstante, también aquí la propia norma ha puesto límites a la intervención penal, pues el incumplimiento de deberes asistenciales sólo podrá ser considerado delictivo cuando además se produzca el abandono malicioso del domicilio familiar o tenga su origen en la conducta desordenada del obligado. En otro, caso, la protección penal sólo ampara a los menores de edad por cuanto la falta prevista por el artículo 584 únicamente se refiere a la infracción de deberes en los supuestos de patria potestad o tutela, resultando atípico por tanto el incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio, cuya garantía penal sólo procede en los supuestos del artículo 487.

De cualquier modo, creo que debe realizarse una interpretación rigurosa a propósito de los requisitos de intervención referidos en el artículo 487 pues, además de las sanciones de contenido penal, cabe asimismo privar al obligado de los derechos de patria potestad o de tutela, medida que repercute directamente en los menores afectados (45). Así, si la primera circunstancia, abandono malicioso del domicilio familiar, constituye una condición de carácter más objetivo, que ha sido nítidamente interpretada por la jurisprudencia como una ausencia dolosa y definitiva del hogar y que, por sí sola, tampoco basta para integrar el ilícito, mayores problemas ha planteado, la interpretación del segundo de los comportamientos, es decir, cuando el incumplimiento tenga su origen en la "conducta desordenada" del obligado. En estos casos, la imprecisión del término ha permitido dar relevancia penal a comportamientos meramente morales (o, a decir de la jurisprudencia, claramente inmorales) que no necesariamente llevan aparejados la dejación o el incumplimiento de los deberes legales a que se refiere el tipo legal (46). A mi juicio, el concepto "conducta desordenada" debe entonces interpretarse como abandono temporal o dejación parcial y reiterada de obligaciones que, sin llegar a integrar el supuesto anterior, y pudiendo estar

fundado en comportamientos acreedores sólo a un reproche social o moral, han de ostentar una estricta relación causal con el incumplimiento de los deberes tutelados.

Carácter más específico en la protección del menor tienen los supuestos de abandono de niños previstos en los artículos 488 y siguientes del Código penal. El incumplimiento de los deberes de vigilancia y custodia así como la protección de la vida y de la integridad del menor (47), según los casos, son los bienes jurídicos tutelados en estos supuestos, donde se incluye también un tipo privilegiado similar al ya comentado de infanticidio, cuando el abandono lo realiza la madre para ocultar su deshonra y sobre el que pueden darse por reproducidas las mismas observaciones críticas.

Ahora bien, dos cuestiones cabe destacar en relación con el tipo del artículo 488. En primer lugar, como señala la mayoría de la doctrina, es censurable que la edad del sujeto pasivo se reduzca en estos casos al menor de 7 años, pues lo relevante no es tanto la edad cronológica como la situación de indefensión o desamparo en que se encuentra el sujeto pasivo, criterio que permitiría acoger también los supuestos de abandono de incapaces o enfermos mentales (48). No obstante, de estimarse necesario limitar cronológicamente la edad de la víctima, creo que hubiera sido preferible poner el límite en 12 años de edad para ser coherentes con la protección prestada al menor en otros ámbitos como el de su libertad sexual.

Por otra parte, la conducta de abandono se agrava si es realizada por padres, tutores o guardadores de hecho, aunque no así por el mero "encargado" de la custodia, cuestión que también ha suscitado polémica entre la doctrina que reclama una única distinción entre guardador de hecho y de derecho (49); ahora bien, en este caso, como señalan Carbonell y González Cussac (50), no parece que la interpretación jurisprudencial resulte desacertada si, en última instancia, se trata de distinguir entre una mera guarda ocasional o esporádica y aquellas que, aun sin base legal, tienen no obstante un carácter más duradero que quizá genere una más sólida expectativa de cumplimiento y, por tanto, una mayor responsabilidad.

Finalmente, dentro de los tipos de abandono de familia y niños, cabe hacer referencia a la utilización de menores para la mendicidad. El incremento de estas conductas es quizá la razón que ha llevado al legislador, en la reforma de 1989, a sustituir la falta del artículo 585 por un tipo delictivo, el artículo 489 bis, donde se sancionan comportamientos de tan variada



índole que es ciertamente difícil precisar cual sea el bien jurídico protegido por el precepto (51). Así, de un lado, se prevé la utilización de los menores para el ejercicio de la mendicidad, o su préstamo con iguales fines, conductas que implican la infracción de deberes asistenciales y, si se quiere, también un atentado contra su dignidad personal. De otro, sin embargo, la utilización en estos casos de violencia o intimidación o la administración de sustancias perjudiciales son comportamientos que afectan directamente a la libertad e integridad del menor (52).

Común a todos los supuestos es la finalidad de mendicidad, debiendo entenderse por tal la solicitud de dinero o dádivas sin contraprestación alguna a cambio; ello quiere decir, como indica García Arán, que no forman parte del ámbito de aplicación del precepto las conductas consistentes en utilizar al menor para la venta de objetos o para la realización de servicios (53). A mi juicio, es cierto que estas últimas conductas quizá no afecten de igual modo a la dignidad del menor, pero no cabe desconocer que también suponen el incumplimiento de los deberes legales de asistencia y custodia y que, en definitiva, impiden a los menores lograr el pleno desarrollo de su personalidad. También común es que el sujeto pasivo debe ser menor de 16 años y que la pena puede incluir la privación de los derechos de patria potestad, tutela o custodia.

Dentro aun del capítulo de los delitos contra la libertad y seguridad hay que aludir por último a los supuestos sobre sustracción de menores cuya principal dificultad gira en torno al bien jurídico tutelado; su precisión será determinante para establecer la relación concursal con otros tipos delictivos, paradigmáticamente con el de detenciones ilegales. En este sentido, para un sector de la doctrina, la sustracción de menores de 7 años contemplada por el artículo 484 tutela la libertad en sentido amplio, por lo que este precepto será ley especial frente al delito de detención ilegal (54). Desde esta perspectiva, se observa asimismo que al no ser posible agravar la sustracción cuando concurren las circunstancias del artículo 481, es decir, cuando la detención se realiza con petición de rescate, tiene una duración de más de quince días, etc., ello conduce al absurdo de que la sustracción de un menor de 7 años no sólo no constituya un supuesto de mayor protección del menor de edad sino que puede resultar un tipo privilegiado por lo que, en consecuencia, se aboga por la supresión o, al menos, la modificación

del mencionado tipo delictivo (55). Otros autores, sin embargo, estiman que sustracción de menores y detenciones ilegales son delitos distintos por cuanto en el primer supuesto lo que se protege no es la libertad de movimientos del menor (56), sino los derechos inherentes a la patria potestad, tutela o guarda; de este modo, si además de sustraer al menor del cuidado de las personas que lo tienen legalmente bajo su custodia, se atenta contra su libertad de movimientos cabe establecer un concurso entre ambos tipos, sustracción y detenciones ilegales, y, en tal caso, no existirá ningún obstáculo para que entren en juego las mencionadas agravaciones previstas por el artículo 481 (57).

A mi juicio, parece indudable que, si aceptamos que el bien jurídico tutelado en la sustracción es la libertad de movimientos del menor el tipo debiera desaparecer por resultar o bien absolutamente supérfluo (no ofrece una mayor protección a los menores), o bien porque, de concurrir las circunstancias del artículo 481, la inaplicación de este precepto produce una clara distorsión valorativa en relación con el delito de detenciones ilegales (58). Ciertamente, sólo con la segunda opción cobra sentido el precepto, pero me resulta muy difícil de aceptar que en la sustracción de menores se tutelén los derechos de patria potestad, tutela o guarda; entre otras cosas porque la pena de prisión mayor es la propia de las detenciones ilegales y resulta absolutamente desproporcionada si lo que se quiere es proteger los derechos de patria potestad (59). En suma, cualquiera que sea la interpretación que realicemos sobre el bien jurídico protegido, la regulación actual del tipo de sustracción de menores resulta altamente insatisfactoria.

Por todo ello, creo que sería preferible reconducir a las faltas aquellos casos de protección de los derechos de guarda o custodia, incardinando en el tipo de detenciones ilegales los supuestos de apoderamiento, donde en realidad cabe decir que se atenta contra la libertad de movimientos del menor, independientemente de que ésta pueda ser decidida por él mismo o por sus padres o guardadores. Incluso quizá fuera necesario agravar las detenciones en atención a la edad o indefensión del sujeto pasivo como propone el Proyecto de Código penal de 1992 (60), si bien tal vez fijar el límite en la minoría de edad resulte también desproporcionado.

Un último precepto, también ubicado entre los tipos que venimos comentando, reclama asimismo su desaparición. Según prevé el artículo 485, cuando el encargado del menor

no lo presente a sus padres o guardadores o no diera explicación satisfactoria sobre su paradero será sancionado con la pena de reclusión menor. Es decir, se trata de un delito de sospecha de homicidio similar al previsto en el tipo del artículo 483 para las detenciones ilegales, lo que, tanto en un caso como en otro, resulta contrario al principio de presunción de inocencia del artículo 24,4 de la Constitución y al propio de culpabilidad penal.

### NOTAS

- (1) FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Bari, 2.ª ed., 1990, página 329.
- (2) Vid., CARBONELL-GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU y GONZALEZ-CUSSAC, "Derecho Penal", Parte Especial, Valencia 1993, página 521; BORJA JIMENEZ, E., "Parricidio e infanticidio ¿dos especies a extinguir?", en *Homenaje a Silvia Romeu*, Valencia 1989 y LAMARCA, C., "Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* número 7, agosto 1989, página 346.
- (3) En mi opinión, más que un concepto formal de parentesco son quizá las relaciones de convivencia y dependencia las que deberían fundamentar el mayor reproche a la conducta; por ello me parece más adecuado en nuestro sistema vigente acudir a la agravante de abuso de superioridad o desprecio por la edad cuando la reprobación está basada en la indefensión de la víctima.
- (4) *Derecho Penal*, Parte Especial, 9.ª ed., Valencia 1993, página 40. En el mismo sentido, vid., BAJO FERNANDEZ, M., *Manual de Derecho Penal*, Delitos contra las personas, citado, páginas 63-64 y LAMARCA, C., "Algunas reflexiones sobre la reforma de los delitos de homicidio y asesinato...", cit., página 350.
- (5) Vid., más ampliamente, mi trabajo "Algunas reflexiones sobre la reforma...", citado, páginas 344 y siguientes.
- (6) Criterio que no siempre utiliza la jurisprudencia que, en el caso de muerte de niños, suele atender casi exclusivamente al dato objetivo de la edad. Un pormenorizado estudio de la doctrina del Tribunal Supremo puede verse en ALTES MARTI, M. A., *La alevosía*, Valencia 1982.
- (7) *La reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona 1990, página 168.
- (8) En el mismo sentido, BOIX REIG, J., en VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, "La reforma penal de 1989", Valencia 1989, página 123.
- (9) En el mismo sentido TAMARIT, op. cit., página 177.
- (10) En otro caso, será de aplicación la falta del artículo 582 e, igualmente, de producirse una lesión de mayor gravedad susceptible de ser encuadrada en los artículos 420 y siguientes existirá, como indica BERDUGO, un concurso de leyes y no de delitos, aplicándose estos preceptos con la agravante de parentesco. BERDUGO, I., en MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA ARAN, *La reforma penal de 1989*, Madrid 1989, páginas 104-105; en contra BOIX, J., en VIVES ANTON, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, *La reforma penal de 1989*, citado, páginas 123-124.
- (11) En este mismo sentido vid., DEL ROSAL BLASCO, B., "El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XIV, vol. 1.º, Madrid 1992, páginas 372-373.
- (12) Así, TAMARIT, op. cit., página 185.
- (13) Vid. en este punto las interesantes consideraciones de MUÑOZ CONDE, op. cit., páginas 384 y siguientes.
- (14) Vid. PRIETO SANCHIS, L., en IBAN, I., PRIETO, L., y MOTILLA, A., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Madrid 1991, página 521.
- (15) No obstante, siendo mayor el ámbito de aplicación de la agravante de parentesco, habrá que acudir a ésta en los casos no contemplados por el artículo 452 bis g). No resulta indiferente, sin embargo, aplicar una u otra circunstancia, pues mientras el artículo 452 bis g) obliga a imponer la pena en su grado máximo, si concurre una única agravante genérica el tribunal puede imponer el grado medio o máximo de la pena según la regla 2.ª del artículo 61. Por último, según el artículo 445 la complicidad de ascendientes, tutores, maestros o encargados en un delito contra la libertad sexual se sanciona con la misma pena señalada para los autores.
- (16) Del mismo modo, en los casos de violación, estupro o rapto, el juez penal puede pronunciarse, conforme a lo previsto en el artículo 444, en materia de filiación y fijación de alimentos.
- (17) En sentido similar, vid. MUÑOZ CONDE, op. cit., página 402 y ORTS, E., en VIVES ANTON y otros *Derecho Penal*, Parte Especial, citado, página 634. Quizá la estricta educación sexual recibida durante generaciones, vinculada fundamentalmente a la moral católica, haya pesado sobre el legislador y explique que se siga considerando que la forma más grave de agredir la libertad sexual consiste en la introducción de órganos sexuales con independencia de su modo de realización; no obstante, el proyecto de Código penal de 1992, con mejor criterio a mi juicio, incluye el acceso carnal bucal en el tipo agravado de agresiones sexuales junto a la introducción de objetos.
- (18) Esta distinción se recogía en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 pero vuelve a desaparecer en el Proyecto de 1992. En los casos de fuerza o intimidación existe un mayor riesgo de lesión, y ello al margen de que la penalidad pueda resultar finalmente superior si se producen lesiones que vayan más allá de lo necesario para conseguir el acceso carnal.
- (19) Es ciertamente cuestionable que el estupro de prevalimiento deba reducir su ámbito a la exclusiva protección de los menores de edad pues se trata de supuestos en que el consentimiento que otorga el sujeto pasivo está viciado por la relación de superioridad, máxime cuando la mera solicitud sexual está sancionada en nuestro Código penal sin límite de edad cuando es realizada por funcionario público. Vid., en este sentido, DIEZ RIPOLLES, J. L., *La protección de la libertad sexual*, Barcelona 1985, páginas 98 y siguientes.
- (20) Como señala MUÑOZ CONDE, op. cit., página 409, al concebirse el incesto como un tipo agravado del estupro de prevalimiento, no resulta suficiente la mera constatación del parentesco sino que será necesario también que el sujeto activo se prevalezca de esta relación. Por otra parte, el tipo de incesto acoge un concepto estricto de parentesco basado en la consanguinidad por lo que en los casos de adopción o tutela, por ejemplo, sólo cabe aplicar el tipo básico. A la vista de todo ello, quizá lo más coherente sería postular la desaparición de este supuesto agravado, pues todo el reproche que merece la conducta está ya contemplado por el tipo básico. Vid., en este último sentido, BOIX REIG, J., "Del estupro", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo II, Madrid 1983, páginas 361-362 y ORTS, E., en VIVES ANTON y otros, op. cit. página 647.
- (21) En este sentido, vid. BOIX, J., *Del estupro*, citado, página 366 y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, citado, página 410.
- (22) Op. cit., página 410.
- (23) En el caso de mayores de 16 años se requiere, no obstante, denuncia del agraviado, lo que convierte el supuesto en un delito privado. A mi juicio, la ejecución de actos lúbricos o el exhibicionismo ante mayores de edad resulta quizá un supuesto más cercano a lo que socialmente se entiende por conducta afrentosa o injuriosa que una agresión a la libertad sexual.
- (24) Vid. DIEZ RIPOLLES, J. L., *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Barcelona 1982, páginas 560 y siguientes.
- (25) En este sentido, véase, por todos, ZUGALDIA, J. M., "Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. II, mayo-agosto 1978, página 616. En contra, SANZ MORAN, A., "Sobre la reforma del delito de rapto", en *Homenaje a Beristain*, San Sebastián 1989, página 905.
- (26) El tipo del artículo 440 resulta de aplicación preferente frente a los supuestos mencionados, sin que quepa apreciar las agravaciones previstas en el caso de las detenciones ilegales como, por ejemplo, cuando la privación de libertad con fines sexuales haya tenido una duración superior a quince días.
- (27) Op. cit., página 413.
- (28) "Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto", citado, página 616.

- (29) Vid., por todos, BOIX REIG, J., "Delitos relativos a la prostitución", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XIV, vol. 1.º, cit., página 490.
- (30) No cabe aplicar, sin embargo, la agravación del artículo 452 bis g) por constituir elemento del tipo. Críticamente sobre este precepto DIEZ RIPOLLES, J. L., "La reforma del Derecho penal sexual" en *Documentación Jurídica*, número 37/40, Madrid 1974, páginas 530-531.
- (31) BOIX, J., "Delitos relativos...", citado, página 491.
- (32) En este sentido, DIEZ RIPOLLES señala que por corrupción debe entenderse un estadio previo a la prostitución en el que se pretende instalar al menor antes de prostituirlo. "La reforma del Derecho penal sexual", citado, página 550.
- (33) *Derecho penal*, Parte Especial, cit. páginas 174-175.
- (34) Vid., por todos, DIEGO DIAZ SANTOS, R., *Delitos contra la familia*, Madrid 1974 y BELLO LANDROVE, F., *La familia y el Código penal español*, Madrid 1977. Más recientemente, propone TAMARIT que, dentro de esta rúbrica, se contemplen también de modo específico aquellos supuestos que tienen a los menores como beneficiarios mediatos o inmediatos de la tutela. "La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1986, página 505.
- (35) CARBONELL, J., "Consideraciones en torno al delito de abandono de familia", en *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, vol. 2.º, Madrid 1985, página 1038.
- (36) En el mismo sentido vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, citado, página 175 y BAJO FERNANDEZ, M., *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil, Madrid 1989, página 48.
- (37) Así, por ejemplo, la exclusión de la protección penal al deber de fidelidad de los cónyuges determinó la desaparición de los tipos de adulterio y amancebamiento.
- (38) En este sentido, por ejemplo, los deberes de custodia de menores o incapaces por parte de sus encargados o guardadores.
- (39) Aunque se ha discutido si se trata de un tipo agravado con respecto al previsto en el primer párrafo del mismo artículo, tras la redacción otorgada en la última reforma no parece existir duda sobre su autonomía.
- (40) Vid. GARCIA ARAN, M., en MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCIA ARAN, *La reforma penal de 1989*, citado, páginas 117 y siguientes, y MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, citado, páginas 179-180.
- (41) BOIX, J., en BOIX REIG, ORTS BERENQUER y VIVES ANTON, *La reforma penal de 1989*, citado, páginas 169 y siguientes.
- (42) Como indican CARBONELL-GONZALEZ CUSSAC, *Derecho penal*, Parte Especial, citado, página 746, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España en 1977, señala expresamente que "nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual".
- (43) Así en los tipos de desobediencia o en el mencionado de abandono si se produce una situación de desamparo o, incluso, en la omisión del deber de socorro.
- (44) Vid., por todos, CARBONELL-GONZALEZ CUSSAC, en VIVES ANTON, T. S. y otros, *Derecho Penal*, Parte Especial, citado, páginas 742-743, quienes dan cuenta, asimismo, de la evolución que en este sentido ha experimentado la jurisprudencia, que acostumbra a incluir en el ámbito del precepto la infracción de los deberes de fidelidad o de débito conyugal entre otros.
- (45) Asimismo, se trata de un delito semi-privado pues aunque la persecución exige denuncia del agraviado o, en su caso, del Ministerio Fiscal, el perdón que pudiera extinguir la responsabilidad criminal no opera automáticamente sino que debe ser aprobado por el Tribunal competente.
- (46) En especial, la jurisprudencia ha venido considerando como conducta desordenada la de mantener relaciones adúlteras o ejercer la prostitución aunque, más recientemente, se admite que "no es sólo la que atenta contra las buenas costumbres o la moral... sino también la que se opone o quebranta el buen orden que es preciso observar para cumplir las obligaciones anejas a las relaciones paternofiliares y hacer posible la subsistencia en todos sus aspectos de aquellos a quienes legalmente debe dispensarse la prestación" (STS de 21 de septiembre de 1992).
- (47) El último párrafo del artículo 488 prevé un tipo agravado cuando el abandono ponga en concreto peligro la vida del menor y, asimismo, un tipo cualificado por el resultado si se produce la muerte. En el primer caso, el peligro debe ser abarcado por el dolo del autor mientras que, en el segundo, la imputación del resultado es a título de imprudencia. Vid. MUÑOZ CONDE, op. cit., páginas 183-184.
- (48) En este sentido, MUÑOZ CONDE, op. cit., página 182 y, más matizadamente, CARBONELL-GONZALEZ CUSSAC, op. cit., página 748.
- (49) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, op. cit., páginas 182-183.
- (50) Op. cit., página 749.
- (51) ORTS, E., en BOIX, ORTS, VIVES, *La reforma penal de 1989*, citado, páginas 177-178.
- (52) En este sentido GARCIA ARAN, M., en MUÑOZ CONDE, BERDUGO, GARCIA ARAN, *La reforma penal de 1989*, citado, página 124.
- (53) GARCIA ARAN, M., op. cit., página 125.
- (54) De concurrir la finalidad de atentar contra la libertad sexual será sin embargo de aplicación preferente el tipo de rapto con las consecuencias que ya vimos al comentar este delito.
- (55) Así, MUÑOZ CONDE, op. cit., páginas 168 y siguientes, para quien aplicar lo previsto en el artículo 481 al tipo de sustracción supone una interpretación contraria al principio de legalidad penal.
- (56) Así un sector de la doctrina señala incluso que el menor de 7 años carece de voluntad y, por tanto, de capacidad de decidir libremente sus movimientos por lo que en estos casos no cabe hablar de detenciones ilegales.
- (57) En este sentido, vid., por todos, CARBONELL-GONZALEZ CUSSAC, op. cit., página 737.
- (58) Acaso podría sostenerse, al decir el artículo 481 que su ámbito de aplicación se circunscribe al delito anterior, que la sustracción constituye el mismo delito por la identidad de bienes jurídicos.
- (59) Hay que tener en cuenta que cuando el apoderamiento de un menor es realizado por sus padres, tutores o guardadores suspendidos en sus derechos de custodia la conducta es constitutiva únicamente de la falta prevista en el artículo 584, 6.º del Código penal, extendiéndose la pena a los terceros que ejecuten o cooperen a la realización del hecho típico.
- (60) Según el artículo 174 de este Proyecto las penas previstas para los casos de detención ilegal o secuestro se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz.