

PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

El delito de abandono de familia

DISCURSO LEIDO EN LA SOLEMNE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO DE 1946-47

POR EL

DR. D. ANTONIO FERRER SAMA

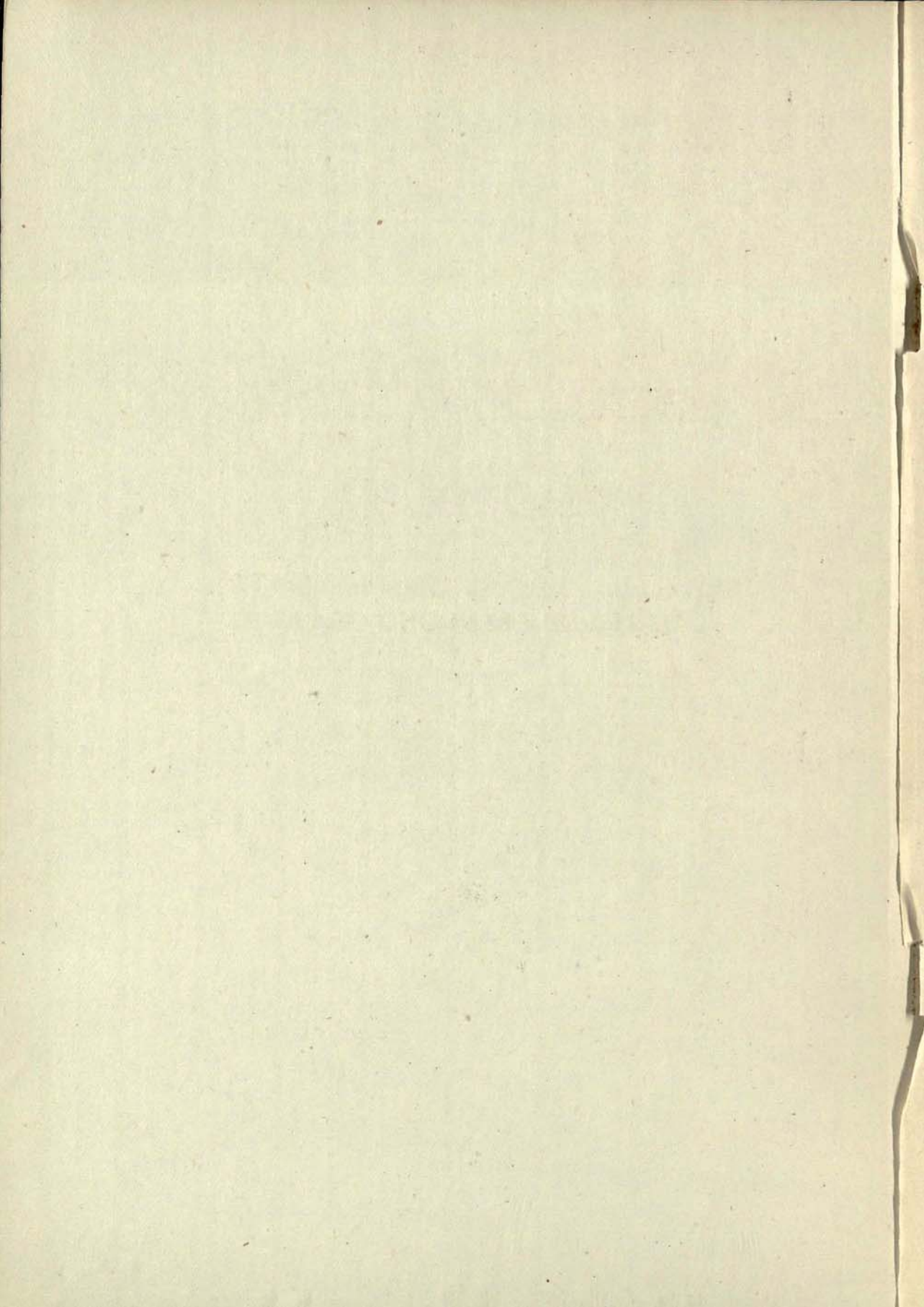
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL



1946

TIP. SUC. DE NOGUÉS

MURCIA



4
18
65

Publicaciones de la Universidad de Murcia

El delito de abandono de familia

DISCURSO LEIDO EN LA SOCIEDAD ANATOMICA
EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

DR. D. ANTONIO GONZALEZ

Tuanjiloutur
Murcia - Octubre - 1946

EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

LIBRO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO
CIVIL Y ADMINISTRATIVO

554
L00
765

PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE MURCIA

El delito de abandono de familia

DISCURSO LEIDO EN LA SOLEMNE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO DE 1946-47

POR EL

DR. D. ANTONIO FERRER SAMA

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

J. JOSÉ
LOUSTAU



Univ. Murcia



1756507
76668

1946
TIP. SUC. DE NOGUÉS
MURCIA

El delito de abandono de familia

DISCURSO LEIDO EN LA SOLEMNE APERTURA
DEL CURSO ACADÉMICO DE 1948-49

FOR II

DR. D. ANTONIO FERRER ZAMA

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL





DISCURSO DE APERTURA

DEL AÑO ACADÉMICO 1946 - 47

Por el

DR. D. ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho Penal

EXCELENTÍSIMO Y MAGNÍFICO SEÑOR;

EXCELENTÍSIMOS E ILUSTRÍSIMOS SEÑORES;

SEÑORAS, SEÑORES, ESCOLARES:

Siento especial placer en comenzar mi modesto discurso expresando la honda satisfacción que me causa el hecho de que haya de ser mi voz la que en el día de hoy represente la del Claustro de esta Universidad de Murcia, al cual tengo el honor de pertenecer desde hace más de un lustro.

Si la Universidad española es una, tal unidad no puede ni debe impedir la existencia de fuertes lazos con que nos sentimos unidos al Centro universitario en el que ejercemos nuestra misión, por lo mismo que no deja de ser patriota el que experimenta un acendrado amor a la patria chica. Patria chica es, para mí, esta Universidad murciana, donde encon-

tré desde el momento de mi incorporación a su Claustro el afecto de cuantos lo componen y en todos ellos el más vivo anhelo de colocar a Murcia en la vanguardia de la vida docente española.

La ininterrumpida incorporación en cada curso de nuevos e ilustres profesores aumenta el prestigio de nuestra Universidad, estando bien seguros de que la marcha a otros Centros de los compañeros que nos abandonan obedece a razones de índole personal que en modo alguno entrañan desafección hacia nosotros. Tal es el caso del Dr. Ramón y Ferrando, cuyo traslado a la Universidad de Salamanca hemos de lamentar, esperando que su labor en ella produzca el mismo fruto que el alcanzado durante su permanencia en Murcia.

Por traslado de la Universidad de La Laguna, ha sido incorporado a nuestro Claustro el Catedrático de Filosofía del Derecho Dr. Truyol Serra, cuya valía en todos los órdenes justifica el sincero agrado con que es acogido el nuevo Profesor de la Facultad de Derecho.

Hemos de congratularnos del éxito obtenido en brillantes oposiciones por los Dres. González Álvarez e Iranzo Rubio, que ha hecho posible que las cátedras de Metafísica y Química Inorgánica se vean desempeñadas por tan prestigiosos Profesores. Sean bienvenidos.

Han sido nombrados: Decano de la Facultad de Ciencias, el Dr. Loustau; Vice-Decano y Secretario de la misma, respectivamente, los Doctores Sierra y Soler; Vice-Decano de la Facultad de Filosofía y Letras, el Dr. Valbuena, y Vice-Decano de la Facultad de Derecho, el Dr. Martínez Bernal. Tales nombramientos han recaído en personas cuyos méritos son tan conocidos en esta casa, que cualquier alusión a los mismos quedaría fuera de lugar. Tan sólo debo expresar en nombre de todos la felicitación más cordial a los citados compañeros.

Al proceder a esta recapitulación de los acontecimientos más salientes dentro de la vida universitaria comprendida en los límites del pasado curso académico, debe destacarse la esforzada labor del Secretariado de Publicaciones, intercambio científico y extensión universitaria. Han sido lanzados al público, a más de los artículos insertos en los "Anales", varias obras de destacado mérito, como la "Geología" del Dr. Loustau, la "Compilación de los milagros de Santiago de Diego Rodríguez de Almela" y "La Crónica de Enrique IV del Dr. Galíndez de Carvajal", ambas del Dr. Torres Fontes. Por el mismo Secretariado han sido organi-

zados varios cursillos de conferencias, de cuyo éxito es fiel exponente el hecho de haber tenido el placer de escuchar en nuestro paraninfo las autorizadas voces de los maestros Ballesteros y Castán.

Se han creado en la Facultad de Derecho dos Seminarios, uno de Derecho Político y Administrativo y otro de Filosofía del Derecho, que en unión a los de Derecho Privado y Derecho Penal ya existentes, permiten desarrollar una efectiva labor de investigación.

En la misma Facultad de Derecho han sido desarrollados por primera vez los cursos monográficos de Doctorado, a los que ha asistido un nutrido grupo de Licenciados.

Por el Colegio Mayor "Cardenal Belluga" se organizaron varias conferencias que corrieron a cargo de los Dres. Sierra Jiménez y Valbuena Prat, contando este último con la cooperación musical del quinteto universitario. Los alumnos del mismo Colegio realizaron un viaje de estudios a varias ciudades castellanas, acompañadas por el Padre Aguirre y un Profesor de esta Universidad, habiéndose desarrollado también, como en años anteriores, la tanda de ejercicios espirituales para escolares.

El Profesor auxiliar de la Facultad de Derecho D. Juan Roca Juan ha obtenido la calificación de sobresaliente en el ejercicio del grado de Doctor e igual éxito ha sido alcanzado por D. Enrique Monllort Matarredona, Profesor auxiliar de la Facultad de Ciencias. Al felicitar a los nuevos Doctores experimentamos legítimo orgullo por haber sido elaborados sus trabajos de tesis en nuestros seminarios y laboratorios y bajo la dirección de dos prestigiosos compañeros.

En todos los órdenes, pues, la Universidad de Murcia sigue su marcha incesante, fijando la mirada los que rigen sus destinos no en lo ya conseguido, sino en la labor que queda por realizar.

SOBRE EL TEMA DEL DISCURSO:

Siempre he considerado la elección de tema para discursos de la índole del presente, como punto al que se debe conceder la mayor importancia, ya que una larga experiencia universitaria acredita cuán enojoso resulta el tratamiento de cuestiones de trascendencia para el especialista, pero que en absoluto interesan al resto del auditorio.

Mas, por otra parte, la persona que cultiva una disciplina determinada, haciendo de tal cultivo un verdadero sacerdocio, no debe apartarse de la misma cuando en cumplimiento de un deber se ve llamado a representar al Claustro Universitario.

He creído hacer compatibles ambos puntos de vista al escoger un tema que, siendo de los de mayor relieve en el Derecho Penal actual, merece atención por parte de toda persona, si no en su faceta estrictamente jurídica, si en la otra variedad de aspectos que el mismo presenta. Ello es fácil al penalista, ya que tal vez sea la ciencia penal, dentro de todas las ramas del Derecho, la que más íntimamente unida se halle con otras actividades humanas que a nadie son ajenas, como la religión, la moral, la filosofía, la sociología, etc.

EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

He de hablaros del delito de abandono de familia, figura ésta que no ha sido conocida como tal hasta tiempos recientes, resultando ello, al parecer, un tanto extraño, ya que el objeto de protección jurídico-penal, o sea el organismo familiar, ha existido en todos los tiempos.

El fenómeno que esta modalidad delictiva nos ofrece es verdaderamente curioso. La historia de las instituciones jurídicas patentiza que la sanción penal ha sido, en la mayoría de los casos, la más primitiva, de tal manera, que cuando en las primeras organizaciones humanas se desconocían otras formas de responsabilidad, la pena, como castigo o como reparación del orden violado por el delito, es de origen tan remoto como la sociedad misma.

La aparición en el ordenamiento jurídico-penal de una nueva modalidad delictiva no sorprende cuando obedece al hecho de haber surgido en la misma época el objeto de tutela. Tal ocurre con el moderno delito de defraudación de fluido eléctrico, nacido como consecuencia del descubrimiento de tal energía y de su importancia económica en la actualidad.

Pero ¿a qué se debe el hecho de que, siendo el organismo familiar el de más remoto origen dentro de las sociedades humanas, el Derecho penal no lo ha protegido hasta tiempos muy recientes? ¿Por qué mientras el atentado contra otras organizaciones ha sido castigado penal-

mente esa agrupación, cimiento de las demás, se ha visto privada de la eficaz tutela representada por la pena?

He aquí el primer aspecto en que el estudio del delito de abandono de familia puede presentar interés, y no sólo para el jurista, ciertamente.

Veamos, pues, cómo y por qué ha sido aceptada por las legislaciones penales, con mayor o menor amplitud, la idea de la necesidad de dotar a la familia de la tutela penal, haciendo recaer sus efectos sobre los que, desconociendo los sagrados deberes que impone la cualidad de cónyuge, de padre e incluso de tutor, vulneran el orden que debe presidir las relaciones familiares.

Como materia propia del Derecho privado, con exclusividad de tratamiento, se ha venido considerando siempre la regulación del conjunto de derechos y deberes que en el seno de la familia se manifiestan.

Esos derechos y deberes son de tal índole, que su efectividad puede ser exigida conforme a los principios establecidos por la legislación civil, pero jamás debe el Estado—se decía—estimar como delito la violación de los mismos, pues la pena que habría de imponerse, lejos de enmendar el desorden familiar, añadiría funestas consecuencias.

No puede desconocerse la fuerza de este último argumento en contra del delito de abandono de familia, pero debe recapitularse en el hecho de que, más bien que demostrar la improcedencia de la sanción jurídico-penal para el caso de incumplimiento de los deberes familiares, lo que pone de manifiesto es la necesidad de proceder con la mayor cautela en el tratamiento penal de esta delicada cuestión.

Ha de reconocerse que por la naturaleza especialísima de las relaciones familiares, es esencialmente el Derecho privado el que ha de establecer el sistema de normas jurídicas que han de presidirlas; pero ello no debe impedir que en aquellos casos de desorden sumamente grave que ponga en peligro la vida o la salud de la familia, pueda el culpable ser sometido a la pena, cuyo fundamento existe con los mismos caracteres que siempre la distinguen de las otras sanciones jurídicas.

El buen orden dentro de la familia exige que las personas llamadas a regirla cumplan fielmente las obligaciones que derivan inmediatamente de su estado. Y como quiera que ese orden familiar afecta de manera directa no ya a los intereses privados de las personas que integran la familia, sino al bienestar general, el Poder público no puede permanecer inactivo viendo cómo se desmorona la primera célula del Estado.

Es cierto que nadie puede negar a los padres los derechos que por ley natural les corresponden respecto al gobierno de la familia y educación de los hijos, pero no es menos evidente que por lo que la institución familiar representa dentro del orden social, el ejercicio de tales derechos no puede dejarse al arbitrio absoluto de los padres.

Inadmisible de todo punto resultan las afirmaciones derivadas del moderno estatismo, en sus distintas manifestaciones, en el sentido de otorgar al Estado la plenitud de derechos en orden a la educación de los hijos, privando a los padres de aquello que les fué otorgado por leyes que se hallan muy por encima de los dictados de los hombres. El padre es, como dice SANTO TOMÁS, «...principio de la generación, educación, disciplina y de todo cuanto se refiere al perfeccionamiento de la vida» (1). «La familia, pues—expresa Pío XI—, tiene inmediatamente después del Creador la misión y, por tanto, el derecho de educar a la prole, derecho inalienable por estar inseparablemente unido con la estricta obligación, derecho anterior a cualquier derecho de la sociedad civil y del Estado y, por lo mismo, inviolable por parte de toda potestad terrena» (2).

Ahora bien, ese reconocimiento de la potestad de los padres en orden a la asistencia y educación de los hijos no supone en modo alguno la consagración de un derecho absoluto y despótico, pues, según palabras del mismo Pío XI, «...toca al Estado proteger el mismo derecho en la prole cuando venga a faltar física o moralmente la obra de los padres por defecto, incapacidad o indignidad, ya que el derecho educativo de ellos, como arriba declaramos, no es absoluto o despótico, sino dependiente de la ley natural y divina y, por tanto, sometido a la autoridad y juicio de la Iglesia, y también de la vigilancia y tutela jurídica del Estado en orden al bien común; y además la familia no es sociedad perfecta que tenga en sí todos los medios necesarios para su perfeccionamiento. En tal caso, por lo demás excepcional, el Estado no suplanta ya a la familia, sino suple el defecto y lo remedia con medios idóneos, siempre en conformidad con los derechos naturales de la prole y de los derechos sobrenaturales de la Iglesia» (3).

«Si alguna familia se hallare en extrema necesidad — escribió LEÓN XIII en la *Rerum Novarum*—y no pudiere valerse ni salir por sí de ella en manera alguna, justo sería que la autoridad pública remediare esta necesidad extrema por ser cada una de las familias una parte de la sociedad. Y del mismo modo, si dentro del hogar doméstico surgiere una perturbación grave de los derechos mutuos, interpóngase la autoridad pública para dar a cada uno lo suyo, pues no es esto usurpar los derechos de los ciudadanos, sino protegerlos y asegurarlos con una justa y debida tutela».

Partiendo, pues, de la necesidad de compatibilizar el principio de respeto a la vida interna de la familia con la precisa tutela de la misma por parte del Estado en caso de grave perturbación del buen orden que

(1) Summa Theologica, 2-2, q. CII, a. 1

(2) Divini illius Magistri, III, 16 a.

(3) Divini illius Magistri, IV, 22 b.

debe presidirla, hemos de preguntarnos: ¿Puede considerarse que en los actuales tiempos la moral familiar es lo suficientemente elevada para que la familia cumpla debidamente sus altos fines? La respuesta, por desgracia, no puede ser más deprimente. Por una conjunción de factores de distinto orden, se ha producido en el mundo entero una relajación tan profunda de la vida familiar, que a tal fenómeno puede atribuirse en gran parte la angustiosa situación en que la Humanidad se encuentra en nuestros días.

Conscientes del valor que la familia tiene dentro del total ordenamiento social, quienes aspiran a destruir éste so pretexto de la implantación de otro más justo, han venido esgrimiendo una serie de armas contra aquélla. Y así, como dice ELOY MONTERO, se negó al matrimonio su carácter de institución y de contrato natural y religioso, y se le despojó de la propiedad de ser indisoluble, y se quiso destruir a la familia, buscando contra ella dos enemigos formidables: el divorcio y el neomalthusianismo (4).

Con la sinceridad que le caracteriza y lanzando con sus palabras un verdadero grito de alarma, escribía el Prof. CUELLO CALÓN en el año 1934 el siguiente párrafo, que merece ser leído: «Entre los recuerdos de mi actuación como juez de menores es quizás éste el más vivo: la enorme proporción de niños que vivían en hogares irregulares; seguramente las cuatro quintas partes se hallaban en esta penosa situación. No son los huérfanos los que más abundan, son mucho más frecuentes los casos de niños cuyos padres abandonan el hogar dejando en la miseria o en apurada situación económica a la mujer y a los hijos, y alejados de la familia, sin cuidarse de su suerte, gastan sus jornales en una desarreglada vida de placeres y sobre todo de excesos alcohólicos y sexuales. En estos casos la madre, para que sus hijos vivan, ha de trabajar todo el día fuera de la casa, en fábricas o en faenas domésticas en condición de sirvienta, dejándoles forzosamente en completa libertad durante largas horas, a merced de las múltiples y peligrosas tentaciones y de los espectáculos de vicio y de inmoralidad que son frecuentes en las calles habitadas por las gentes pobres. Entre estos niños en situación de abandono he hallado algunos huérfanos, pero entre mis recuerdos resurge como principal causa del hundimiento del hogar la marcha del padre. En tales casos, muchas veces, la madre lucha honrada y heroicamente por mantener a sus hijos, pero otras, agobiada por la miseria o impulsada por tendencias inmorales, se dedica a la prostitución o toma un amante con el que hace vida marital con grave peligro para sus hijos y sobre todo para sus hijas. Yo

(4) ELOY MONTERO: «Crisis de la familia en la sociedad moderna» (Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas). 1942, pág. 10.

he conocido horribles casos de madres que envejecidas por las privaciones y la enfermedad, perdido su atractivo sexual, han consentido el concubinato de sus propias hijas apenas púberes con su mismo amante antes que perderle» (5).

Ante tan sombrío cuadro, el citado profesor ponía de manifiesto la necesidad de que el ordenamiento jurídico-penal español acogiera la figura del abandono familiar.

EVOLUCIÓN DEL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA

Con anterioridad a despertarse en el área doctrinal el interés en torno al delito de abandono de familia, y bastantes años antes de que Francia publicase su célebre ley de 1924, de la que más tarde he de ocuparme, encontramos recogidos por algunos Códigos extranjeros preceptos en los que se definen y sancionan verdaderas figuras de desamparo familiar, en algunos de ellos, por cierto, con más exacto y racional criterio que el de la citada ley francesa. Así: el Código penal brasileño de 1890 (art. 240), el Código penal noruego de 1905 (art. 219), el Código penal canadiense de 1906 (secciones 241 1.º, 243 2.º y 242 3.º), el Código penal belga de 1867 (modificación introducida en su artículo 360 bis por la ley de 15 de mayo de 1912), el Código penal holandés de 1881 (art. 255), etc.

Mas las citadas disposiciones, si bien constituyen un antecedente, no llegan a establecer un verdadero sistema de protección de los distintos derechos de índole familiar, en cuanto están concebidas a base de un criterio sumamente restringido, reduciéndose unas de ellas a garantizar el cumplimiento de las cargas de contenido exclusivamente económico y limitándose otras a sancionar con una pena aquellas conductas que, consistiendo en la desatención de obligaciones familiares, causen la muerte, o daños en la salud, o bien peligro de tales resultados en las personas de los hijos o cónyuges. Este último sistema es el seguido por el Código del Canadá.

Fué en el año 1913 cuando TISSIER presentó ante la Reunión General de la Société Générale des Prisons la siguiente interrogante: El aban-

(5) CUELLO CALÓN: «Criminalidad infantil y juvenil». Barcelona, 1934, pág. 23.

dono de familia, ¿puede constituir delito? El tema fué objeto de amplio debate al reunirse la 1.^a Sección, el 11 de febrero del año siguiente.

TISSIER propuso la redacción de un texto moderado y preciso, con el fin de que tuviese probabilidades de ser aceptado, evitando con ello, al mismo tiempo, la votación de una ley que no hubiera de ser aplicada, y tras la consiguiente polémica, fueron aprobados cinco votos, más tres con el carácter de subsidiarios, propuestos por TISSIER.

Dos direcciones se marcaron en la reunión a que nos venimos refiriendo: de un lado, la representada por los cinco votos aprobados con carácter primario, y de otro, la que plasma en los subsidiarios propuestos por TISSIER; la primera mantiene una concepción amplia del delito de abandono de familia en cuanto propone la punición del «esposo que sin motivo legítimo haya abandonado a su cónyuge», así como la del «padre o madre que hubiera abandonado a sus hijos legítimos o naturales legalmente reconocidos menores de dieciocho años».

La opinión de TISSIER, reflejada en los dos votos subsidiarios, es mucho más restringida, ya que se limita la protección a los casos de abandono económico o material (6).

Este sentido, de protección limitada al abandono material, es el que algunos años más tarde inspiró la ley francesa de 7 de febrero de 1924 (7).

(6) *Revue pénale et de Droit pénitentiaire*, 1914, pág. 46.

(7) El texto de esta ley es el siguiente:

- «1. Sera tenue pour coupable d'abandon de famille et sera punie d'un emprisonnement de trois mois à un an ou d'une amende de cent à deuxmilles francs toute personne qui, ayant été condamnée soit en vertu de la loi du 13 juillet 1907, soit en vertu d'une ordonnance du président du tribunal ou d'un jugement, à fournir une pension alimentaire à son conjoint, à ses enfants mineurs ou à ses ascendants, sera volontairement demeurée plus de trois mois sans acquitter les termes de la dite pension.
 »En cas de récidive la peine de l'emprisonnement sera toujours prononcée.
 »Les pères et mères condamnés, pour abandon de famille pourront être privés de la puissance paternelle et de leurs droits civiques.
 »Il pourra être fait application de l'article 463 du code pénal sur les circonstances atténuantes.
- »2. Lorsque une personne débitrice d'aliments dans les conditions prévues à l'art. 1.^o, au profit de son conjoint, de ses enfants mineurs ou de ses ascendants, est demeurée plus de trois mois sans acquitter les termes de sa pension, elle devra être préalablement appelée devant le juge de paix aux fins de constance, et ce, au moyen d'une lettre recommandée du greffier avec accusé de réception.
 »Le magistrat recueille les explications des parties et dresse du tout procès verbal, qu'il transmet au procureur de la République.
 »Aus cas de décès de l'un des époux et de manquement par l'autre époux de ses obligations alimentaires vis-à-vis de ses enfants mineurs, la convocation devant le juge de paix pourra être requise soit par le subrogé tuteur ou un membre du conseil de famille des mineurs, soit par le procureur de la République.
- »3. Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. Il en est de même si le mari a été condamné pour abandon de famille.»

Mas el aspecto restrictivo de la citada ley no consiste tan sólo en reducirse el abandono a su acepción material, sino que, junto a tal limitación existe la aún mayor representada por el hecho de no ser perseguible penalmente el incumplimiento de las obligaciones económicas sino en el caso concreto de haberes declarado con anterioridad por los Tribunales civiles el derecho a percibir una pensión determinada.

Claramente se observa cómo la ley francesa a que vengo refiriéndome siguió aquella tímida tendencia representada por TISSIER, frente a la más abierta y acertada defendida por GARÇON en el año 1914.

Como con oportunidad indica HUGO ALOISI, la hipótesis prevista en tal ley crea un delito contra la administración de justicia más bien que un delito contra la familia (8).

El espíritu de estas disposiciones, muy acorde con el ideario francés de su tiempo, mereció el aplauso de la Sociedad de Naciones, la cual, en su «Declaración de los derechos del niño», aconsejaba a los Estados que se inspirasen en ella para la redacción de sus respectivas leyes sobre la materia.

El ejemplo fué seguido en Bélgica, promulgándose en 14 de enero de 1928 una ley de análogo criterio, ley que hubo de ser modificada en 30 de mayo de 1931 como consecuencia de las variaciones sufridas en 1928 por el texto primitivo francés.

Tales reformas experimentadas en tan reducido período de tiempo y que, por otra parte, no significan rectificaciones de fondo, sino más bien de detalle, patentizan la imperfección técnica del sistema, al propio tiempo que su desviación del verdadero criterio de protección familiar.

Había de llegar un momento en que resplandeciese la certera concepción de la familia como organismo social, a la vez que moral y jurídico, y con ello la necesidad de que el Estado ejerza la más eficaz tutela respecto a la misma.

Frente a aquel argumento que indicábamos de que el Estado debía desentenderse de las cuestiones originadas por los derechos y deberes de los miembros de la familia, surgió la protesta de los que atisbaron el serio peligro social que tal criterio llevaba consigo, por cuanto el mismo supone la tolerancia de la anarquía familiar con el consiguiente quebranto del Estado al ver relajada la vida del núcleo social primario.

En el área de la literatura propiamente jurídica, ha sido Italia el país que con más energía y tesón ha venido defendiendo la necesidad de una completa tutela de la vida familiar, hasta conseguir, como veremos, imponer la razón de sus sólidos argumentos.

(8) ALOISI: «La protezione penale della famiglia in Italia». En *Rivista di Diritto Penitenziario*. 1934, pág. 253.

En el año 1926 afirmaba DE MAURO no ser suficiente la garantía de la situación económica de la familia, requiriéndose la creación de figuras delictivas por las que se asegure también su asistencia moral y jurídica y considerando la violación de algunas obligaciones familiares como «violación de deberes hacia la Patria». La preeminente función que ejerce la familia en la vida del Estado hace que «ésta merezca la atención y la protección más absoluta por parte del legislador, e indudablemente la sanción penal constituye, con preferencia a cualquier otra sanción, el medio más idóneo para el cumplimiento de aquel fin» (9).

En el mismo sentido se manifiestan la generalidad de los penalistas italianos.

RICCIARDELLI escribe: «La familia es, no solamente un organismo natural, sino también un organismo político, jurídico y primordialmente ético. Ella será el núcleo constitutivo del Estado al cual aporta todo el conjunto de actividad, buena o mala, útil o dañosa, que en su seno se desenvuelve» (10).

En tal dirección se inclinó francamente el legislador italiano al asentar en el Código de 1930 todo un sistema de protección penal de la familia que sin duda habría de servir de norma a las legislaciones futuras.

ARTURO ROCCO expresó el sentido de la nueva reglamentación en los siguientes términos: «El Estado debe dirigir constantemente y con el máximo interés su atención al instituto ético jurídico de la familia, que es el centro de irradiación de toda civil convivencia. En la comunión familiar los padres, con la palabra y con el ejemplo, forman el alma del niño, que será después el ciudadano; según que el ambiente doméstico sea moralmente puro, o viciado y malsano, germina en el mismo y florece la planta del hombre honesto, o bien allí nace aquella triste y emponzoñada del criminal» (11).

Interpretando fielmente el contenido del artículo 570 del Código de su país, escribió HUGO ALOISI: «No hemos solamente previsto el llamado abandono material de la familia, como la ley francesa y las otras que han seguido el ejemplo, sino que hemos antepuesto a toda otra previsión, aquella relativa al abandono moral».

Esta oposición entre el concepto material y el moral del abandono de la familia provocó profundas polémicas al ser discutido el proyecto italiano y fuera de Italia se manifestó con todo su vigor en la V Conferencia Internacional para la unificación del Derecho penal, que tuvo lugar en Madrid en el año 1933.

(9) DE MAURO: «Il delitto di «Abbandono della famiglia». En *Rivista Penale*, 1926, pág. 14.

(10) RICCIARDELLI: «Violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Codice penale». En *Rivista Penale*, 1931, pág. 290.

(11) *Lavori preparatori...*, 1929, v. I, parte II, pág. 334.

En esta Conferencia HUGO CONTI y HUGO ALOISI supieron mantener con firmeza y argumentos irrefutables la dirección trazada por el nuevo Código de su país y ésta se impuso pese a la gran oposición que se le hizo por parte de los representantes de otros Estados aferrados a la noción del abandono en el sentido exclusivamente económico (12).

Y tras estas indicaciones referentes a las varias fases por las que ha atravesado la noción del delito de abandono de familia hasta llegar a ser lo que hoy día es, paso al estudio de la actual legislación española vigente en la materia.

EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN ESPAÑA

La primera disposición legal que en España encontramos referente al abandono de familia como verdadera modalidad delictiva es de fecha bien reciente, puesto que fué promulgada en 12 de marzo de 1942.

Su fundamento, claramente expresado en el preámbulo, se halla en el hecho de que una sociedad cristiana y un Estado católico no pueden permitir sin grave quebranto de sus primordiales intereses, esa agresión escandalosa a sus principios básicos, en la que, con la desaparición del legítimo hogar concurren muchas veces otras formas graves de la delincuencia dañosa al orden, a la justicia y a la misma economía de la nación». «No era posible—se añade—que España restauradora decidida de los principios religiosos que inspiraron su legislación tradicional, siguiera formando apáticamente entre los Estados aún insensibles a males de tanta gravedad...»

Tales expresiones tienen gran valor, pues claramente se deduce de las mismas que no ha sido el propósito legislativo limitar el sentido de las disposiciones a los casos de abandono material, de consecuencias pura-

(12) Textos aprobados por la V Conferencia:

- 1.º Aquel que, por su conducta, viole una de las obligaciones morales o materiales inherentes a la autoridad paterna, a la tutela legal o a la cualidad de cónyuge, o que abandonando, sin motivo legítimo, el domicilio familiar, se sustraiga a estas obligaciones. (Pena: privativa de libertad y pecuniaria).
- 2.º Aquel que dejare carecer de medios de subsistencia a sus descendientes menores, o bien, incapaces para el trabajo, a sus ascendientes o a su cónyuge, del cual no esté legalmente separado por su culpa. (Pena: privativa de libertad y pecuniaria).

mente económicas, como hicieron otros países, sino que se configura la noción de abandono con mucha mayor amplitud, de forma que en su marco queda comprendido, y muy primordialmente, el llamado abandono moral.

Modificada la redacción de los correspondientes artículos, al quedar incorporado el abandono de familia al texto del Código penal en su edición refundida de 1944, no afecta la reforma al fondo, y por ello ninguna rectificación supone de ese sentido moral con que el abandono se definió en la ley de 1942, quedando vivo el espíritu del preámbulo citado.

Dos amplias modalidades de abandono familiar establece nuestro vigente Código penal: una, constitutiva de delito, a la cual se refiere el artículo 487, y otra, de mera falta, recogida por los apartados 5.º y 6.º del artículo 584, si bien dentro de la primera se distinguen varias figuras, no sólo diferenciadas por el sujeto activo, sino también integradas por la concurrencia de distintas circunstancias. Igualmente en su forma contravencional son dos los tipos fijados por los párrafos 5.º y 6.º del citado artículo 584.

Antes de proceder al estudio técnico-jurídico de las aludidas figuras, no podemos por menos de manifestar nuestra extrañeza ante el hecho de que el abandono de familia se coloque bajo la misma rúbrica que el abandono de niños, como lo hace el vigente Código al dedicar el capítulo III del título XII del libro II a dichas infracciones, siendo así que su naturaleza es totalmente diferente. Bien está el abandono de niños bajo la rúbrica de «Delitos contra la libertad y seguridad», siendo ésta la colocación tradicional, pero no encontramos razón alguna que justifique la intercalación de los delitos contra la familia entre esas otras infracciones contra la libertad y seguridad. Indudablemente, y valga la argumentación por lo que tiene de lógica y aunque resulte caricaturesca, si el legislador se hubiese decidido por raro capricho a considerar como delito el abandono en el vestir, también lo hubiese alojado bajo la misma rúbrica que el de familia y niños, pues todos suponen abandono...

Y tras esta inevitable crítica a la sistemática seguida, veamos el contenido de los tipos legales de abandono de familia.

Art. 487. «Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio en los casos siguientes:

- 1.º Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.
- 2.º Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para

el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por culpa del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.

En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el reo».

En tal artículo recoge nuestro vigente Código penal dos figuras delictivas de abandono de familia que hemos de considerar con cierto detenimiento, refiriéndose la primera de ellas a la serie de supuestos en los que, existiendo violación de deberes impuestos por los lazos familiares o por la tutela, tal incumplimiento no consista en la desatención de las más elementales obligaciones de índole económica, y el segundo, al caso de que se desatienda de tal modo el deber de asistencia material que, como consecuencia del mismo, los próximos parientes queden privados del sustento.

PRIMERA FIGURA TIPICA

Comenzando por el estudio de la modalidad amplia a cuya descripción se dedica la primera parte del artículo, hemos de descomponer el tipo legal en sus elementos integrantes, los cuales pueden reducirse a dos: de una parte, el constitutivo de núcleo del tipo, consistente en la conducta de incumplimiento de los deberes de asistencia, y de otra, las condiciones que han de acompañar a dicha conducta y que en dos párrafos separados se establecen por el propio artículo.

A) Incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio

La patria potestad, la tutela y el matrimonio generan una serie de deberes de asistencia cuyo incumplimiento es precisamente lo que constituye la conducta típicamente antijurídica prevista en el artículo que comentamos. Como quiera que dichos deberes tienen contenido positivo

al consistir en la ejecución de lo necesario para que la asistencia misma no falte, el delito tiene carácter omisivo, ya que lo que se sanciona es el hecho de dejar de hacer aquello a que el sujeto venía obligado por su cualidad de padre, de tutor o de cónyuge.

Procedentemente, el tipo penal no habla del incumplimiento de los deberes de asistencia, sino de incumplimiento de los deberes «legales», con lo cual queda dotado el precepto de la debida concreción, debiendo acudir, por tanto, a la ley civil para conocer cuáles sean esos deberes cuya violación se pena. Pertenece, por tanto, este tipo a la categoría de los denominados doctrinalmente «tipos incompletos o imperfectos» en cuanto para la calificación penal de la conducta del sujeto hemos de recurrir necesariamente a otras disposiciones del ordenamiento jurídico.

Los deberes legales de asistencia derivados tanto de la patria potestad como de la tutela y del matrimonio, están establecidos por el Código civil, y por ello las disposiciones de este cuerpo legal referentes a la materia constituyen la base sobre la que hemos de construir la doctrina interpretativa de la figura de abandono de familia contenida en el artículo 487 del Código penal.

Ahora bien, lo primero que debemos preguntarnos es si todo incumplimiento de cualquiera de los deberes legales de asistencia establecidos por la ley civil habrá de dar lugar a responsabilidad criminal por razón de abandono de familia o, por el contrario, pueden existir casos en que, por la índole del deber que se deje incumplido o por otras causas, la infracción haya de tener tan sólo consecuencias civiles. A mi modo de ver no puede concebirse el delito de abandono de familia con amplitud tal que hayamos de estimarlo en cuantos casos exista incumplimiento de los preceptos de la ley civil. Debemos recordar una vez más que en materia de derechos de familia el tratamiento corresponde esencialmente al Derecho privado y que la función del Derecho penal queda reducida a la tutela de dichos intereses tan sólo en aquellos casos en los que el atentado a la institución familiar sea tan sumamente grave que, con respecto a ellos, se estimen insuficientes las medidas de protección establecidas por la ley civil. Por ello es acertado el criterio seguido por nuestro Código al limitar la noción del delito en el sentido de que el incumplimiento de los deberes legales de asistencia haya de ser debido al abandono malicioso del domicilio o a la conducta desordenada del sujeto. En cuanto a las faltas definidas en el artículo 584, el problema no aparece con claridad, pero de él me ocuparé más adelante.

Veamos, pues, de manera concreta, cuáles sean los deberes legales de asistencia que como inherentes a la patria potestad, a la tutela y al matrimonio establece nuestra ley civil, en referencia a la responsabilidad penal en que puede incurrir el sujeto que los incumpla.

a) DEBERES INHERENTES
A LA PATRIA POTESTAD

El artículo 155 del Código civil enuncia los deberes que el padre, y en su defecto la madre, tienen respecto de sus hijos no emancipados. Tales deberes son el de alimentación, el de tenerlos en su compañía, el de educarlos e instruirlos, el de representación y la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente. A más de dichos deberes generales la propia ley civil establece en distintos preceptos otras obligaciones especiales, como son la de administración y enajenación de bienes, la de tener en su compañía a las hijas mayores de veintiún años y menores de veinticinco, las de índole dotal y aquellas de carácter sucesorio.

Siendo tales los deberes de asistencia propios de la patria potestad, habremos de considerar, desde nuestro punto de vista, cada uno de ellos.

1.º DEBER DE ALIMENTACIÓN.—Por alimentos en sentido estricto debemos entender los medios de manutención y sustento. Pero, ampliando la noción, el artículo 142 del Código civil dice que se entiende por tales «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia», añadiendo que «los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad».

Por el Código penal se ha distinguido también, a efectos de la gravedad del incumplimiento del deber alimenticio, al señalar como modalidad agravada al artículo 487 el caso de que el culpable «dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo...». Así, pues, el incumplimiento del deber de alimentación se castigará con la pena de arresto mayor en su grado máximo y la multa de 5.000 a 10.000 pesetas cuando afecte a los medios de subsistencia y con la de arresto mayor y la de multa de 1.000 a 5.000 pesetas en los demás casos. Mas la existencia de esta agravación del tipo a que se refiere tal párrafo separado del artículo plantea cuestiones que serán estudiadas en el apartado dedicado al mismo.

2.º DEBER DE TENER A LOS HIJOS EN SU COMPAÑÍA.—Cuando el motivo de no encontrarse los hijos en compañía de los padres haya sido el abandono malicioso por parte de éstos del hogar doméstico, quedando desasistida la familia por su ausencia, no cabe la menor duda de que el padre incurre en responsabilidad criminal por razón de delito, ya que precisamente ese abandono malicioso ha sido uno de los elementos de que se ha valido el legislador para diferenciar la modalidad delictiva de la contravencional.

Creo que debe afirmarse también la existencia de responsabilidad

penal en el caso de que, habiendo abandonado los hijos menores el domicilio paterno por su propia determinación, los padres no cumplan el deber de reclamarlos y atraerlos al hogar por los medios que estén a su alcance, a no ser, claro es, cuando se hayan trasladado a otro domicilio con el consentimiento paterno y con motivos que lo justifiquen, o bien se encuentren encomendados a instituciones o personas por razones de tipo educativo.

3.º DEBER DE EDUCACIÓN E INSTRUCCIÓN.—Si el Código nada declarase expresamente sobre el incumplimiento de estos deberes, no existiría duda alguna en proclamar que su incumplimiento haría surgir la responsabilidad criminal, bien a título de delito, bien al de falta según las causas del mismo.

Pero es el caso que el apartado 5.º del artículo 584, en su última parte, describe como falta el hecho de no procurar a los hijos la educación que la posición y medios permiten, lo cual, teniendo en cuenta la total redacción del citado apartado 5.º, puede dar lugar a las dos siguientes interpretaciones: 1.ª Estimar que dicha falta se refiere al caso de que el descuido educativo no sea debido al abandono malicioso del domicilio o a conducta desordenada, y que habrá delito si el no procurar educación obedece a tales causas; 2.ª Afirmar que, siendo independiente la conducta de no educación de las conductas originarias (es decir, independiente de que exista o no abandono familiar o desorden), se ha querido siempre castigar como falta y nunca como delito el incumplimiento de tales deberes. Esta última parece ser la interpretación más acorde gramaticalmente en el enunciado legal de dicho apartado 5.º, pues su última parte constituye en realidad un concepto independiente de la primera. No obstante, como el deber de educación es trascendentalísimo dentro de los varios que la ley impone a los padres con respecto a los hijos, estimo que su incumplimiento deberá sancionarse como delito cuando las conductas que lo originen sea el abandono malicioso del domicilio o el desorden, y como falta, en caso contrario. Pero para esto y para evitar las indicadas dudas, hubiera sido preferible la supresión de la última parte del apartado 5.º, pues siendo, como es, el deber de educación uno de los más trascendentales dentro del sistema de la patria potestad, al haber quedado suprimida esta alusión al mismo en el repetido apartado 5.º, resultaría claro que su incumplimiento haría incurrir al sujeto en responsabilidad criminal, ya por delito, ya por falta, según la conducta que lo hubiera originado.

Una última interpretación pudiera ofrecerse respecto al punto a que nos referimos, que sería la consistente en estimar que el Código ha querido distinguir la total falta de educación y la insuficiencia de la misma, proporcionada a los medios de que disponga el padre, mas no creemos

que esto sea aceptable, ya que tal insuficiencia, tras de significar un concepto un tanto vago e impreciso, no reúne los caracteres propios de conducta penalmente sancionable.

Una cuestión de sumo interés debe ser planteada en referencia al extremo de que se trata: Siendo constitutivo de delito o falta de abandono de familia el hecho de dejar desatendida la educación de los hijos, no es posible que escape a tales figuras de responsabilidad la conducta deseducadora de los padres. Nos referimos concretamente a aquellos casos en que un padre de familia, con su ejemplo de inmoralidad o vicio, contribuya a la deseducación de los hijos. Tal padre debe incurrir en la responsabilidad derivada de las infracciones en estudio, pues si como incumplimiento de los deberes de asistencia moral se han de considerar aquellos supuestos de no educación, sería ilógico dejar impune la conducta del padre que, llegando más allá en la violación de sus sagrados deberes, lo que hace es fomentar la deformación moral del hijo. Consciente de la amplitud que con esta opinión adquiere el abandono de familia, no dudo en mantenerla tajantemente, estimando que tal conducta deseducadora encuadra en la modalidad delictiva y no en la contravenicional, por cuanto los malos ejemplos a que me refiero, si efectivamente tienen fuerza deformadora de la moralidad de los hijos, no pueden por menos de ser calificados de conducta desordenada.

En cuanto al incesto, no obstante constituir, como dice CUELLO CALÓN, una de las más graves y depravadas manifestaciones de conducta desordenada en el seno de la familia, no puede dar lugar a este delito de abandono por integrar ya la infracción del artículo 435 del Código penal vigente, en el cual se castiga el incesto en todo caso, aun cuando no origine escándalo público (13). Y no ha de pensarse en la posibilidad de estimar un concurso de ambos delitos por cuanto de tal forma es inherente al incesto el quebrantamiento de los deberes impuestos por los lazos familiares que resulta inconcebible que pueda darse un solo caso de incesto sin que al mismo tiempo exista ese atentado a la moral de la familia.

4.º DEBERES RELATIVOS A LA ADMINISTRACIÓN Y ENAJENACIÓN DE BIENES. Si el Código civil impone como verdadera obligación de los padres la administración de los bienes de los hijos y tal administración afecta de manera directa a la asistencia debida a los mismos, no cabe la menor duda de que su incumplimiento o su ejercicio abusivo debe hacerles responsables criminalmente a tenor de las figuras de abandono.

El derogado Código italiano contenía en su artículo 570 una expresa declaración de responsabilidad para estos supuestos.

(13) CUELLO CALÓN: «El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar», 1942, pág. 41.

En nuestro vigente ordenamiento jurídico-penal han de tener cabida en el amplio tipo de abandono de familia o en su modalidad contravenacional, según las causas que originen el incumplimiento.

En cuanto a los deberes de los padres respecto a la enajenación de los bienes de los hijos, estimo que más bien que a la responsabilidad por abandono de familia puede dar lugar su incumplimiento a otros tipos de responsabilidad.

5.º DEBERES RELATIVOS A LA CORRECCIÓN Y CASTIGO.—Aunque por el Código civil la corrección y castigo de los hijos se establece con el carácter de facultad, puede estimarse, al mismo tiempo, como verdadero deber de los padres. No obstante, el hecho de descuidar el ejercicio de esa facultad por sí solo, es decir, mientras no suponga incumplimiento de los deberes de tipo educativo, no debe ser estimado como constitutivo de delito de abandono de familia.

6.º OTROS DEBERES IMPUESTOS A LOS PADRES CON RESPECTO A LOS HIJOS.—Ni el deber de representación en juicio, ni los de carácter dotal y sucesorio que la ley civil establece, deben originar en su incumplimiento la responsabilidad penal como atentado a la familia. La propia índole de los mismos patentiza la improcedencia de extender el sentido de los tipos penales de abandono a casos en los que las medidas fijadas por el Derecho privado son suficientes para salvaguardar los intereses particulares que pueden resultar lesionados.

EL SUJETO ACTIVO Y EL PASIVO EN LAS MODALIDADES EXPUESTAS.—Me he venido refiriendo hasta este momento a las figuras de delito de abandono de familia cometido por incumplimiento de los deberes impuestos por la patria potestad. Evidentemente, sujeto activo de las mismas serán las personas que la ejerzan, y éstas son, por declaración del artículo 154 del Código civil, «el padre y, en su defecto, la madre», respecto de sus hijos legítimos no emancipados.

Es preciso tener en cuenta que aunque el precepto dice «o en su defecto la madre», la potestad se ejerce de hecho por ambos cónyuges en el sentido de imponer a la madre deberes de tal aun en presencia del padre, pudiendo en caso de violación de dichos deberes incurrir en responsabilidad penal. Este sería el supuesto de la madre que con su conducta inmoral constituyese un ejemplo deseducador para sus hijos.

La modalidad contenida en el párrafo 2.º del artículo 487 amplía el concepto de sujeto activo al hacer responsables criminalmente a los ascendientes respecto a los descendientes menores o incapaces para el trabajo y a los descendientes respecto a sus ascendientes necesitados. En cuanto a los cónyuges, no supone ampliación de sujeto activo el segundo párrafo por estar también éstos comprendidos en la declaración del pá-

rrafo primero al referirse al incumplimiento de los deberes impuestos por el matrimonio.

El punto al que dedicamos la atención en este lugar ofrece algunas cuestiones un tanto dudosas que deben ser tratadas.

No presenta dificultades la situación del padre o la madre con respecto a los hijos naturales, ya que sobre ellos tienen la patria potestad.

En cuanto a los hijos ilegítimos, nos encontramos con que éstos, no estando sometidos a la patria potestad del padre, conservan, no obstante, los derechos que les otorgan los artículos 139 y 143 del Código civil, o sea los de alimentos (auxilios necesarios para su subsistencia) e instrucción elemental y enseñanza de una profesión u oficio. Y siendo así, resulta dudoso si la violación de estas obligaciones por parte de los padres dará lugar a responsabilidad criminal.

La Corte de Cassazione italiana, en sentencia de 15 de julio de 1935, consideró que no incurren los padres en el delito de abandono de familia, por no tener éstos la patria potestad sobre los hijos ilegítimos, siendo así que la patria potestad es la base sobre la que descansa esta infracción penal. Esta sentencia suscitó las censuras de DELITALA, el cual defendía la existencia del delito de abandono tipificado en el párrafo 2.º del artículo 570 del Código entonces vigente en Italia, basándose en que este párrafo establecía una modalidad de abandono de familia que no suponía la patria potestad, sino que era independiente de ella, pues la redacción hablaba de privar de los medios de subsistencia «a los descendientes». El mismo razonamiento de DELITALA cabe respecto a nuestra legislación, puesto que también el párrafo 2.º del artículo 487 emplea el término «descendientes», no aludiendo de manera expresa a la patria potestad. Ahora bien, sólo existirá delito cuando se deje a dichos hijos privados de lo necesario para el sustento, puesto que el precepto aplicable es el del párrafo 2.º y no se extiende la responsabilidad al incumplimiento del deber de proporcionar la instrucción elemental a la enseñanza de profesión u oficio.

En cuanto a los hijos adoptivos, como quiera que el adoptante tiene sobre ellos la patria potestad a tenor de lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 154 del Código civil, éste queda equiparado al padre a los efectos de responsabilidad penal exigible por incumplimiento de las obligaciones de asistencia.

La adopción puede originar dudas en la hipótesis en que habiendo una persona adoptado a otra, ésta, cualquiera que sea la causa, se encuentra desasistida, no siendo ello remediado por el padre natural. Tal padre perdió la patria potestad por el hecho de la adopción y, por tanto, no resultará penalmente responsable por su falta de asistencia, a no ser que ésta llegue a consistir en no prestar la asistencia indispensable para

el sustento a su hijo, pues en este último supuesto tiene aplicación el párrafo 2.º del artículo 487, en el cual no se habla de incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad, sino taxativamente de no prestar tal asistencia indispensable para el sustento a los «descendientes» menores o incapaces para el trabajo.

b) DEBERES INHERENTES
A LA TUTELA

Lo primero que resulta preciso concretar es el concepto de tutela a efectos penales, ya que de tutela puede hablarse, bien en un sentido amplio, aludiendo al organismo tutelar en general (tutor, protutor y consejo de familia), bien en su acepción estricta, refiriéndola al cargo de tutor.

Opino que el tipo de delito consistente en el incumplimiento de los deberes inherentes a la tutela ha de quedar circunscrito a la conducta del tutor, sin que pueda extenderse ni al protutor ni a los miembros del consejo de familia. No obstante, hay un caso en el que deben responder criminalmente tales miembros del consejo de familia, y es aquel en el que se retrase sin una causa justificada el acto de dar posesión al tutor en su cargo, si con este motivo el pupilo quedase desasistido.

Las obligaciones del tutor están enumeradas en el artículo 264 del Código civil.

Ha de dar lugar a responsabilidad penal por abandono el incumplimiento de los deberes referentes a la alimentación y educación, así como el hecho de no procurar que el loco, demente o sordomudo, adquiera o recobre su capacidad. Igualmente la mala administración del caudal del pupilo cuando su conducta sea indudablemente reprochable, en el sentido no sólo de mala fe, sino de manifiesta negligencia y sin perjuicio de la existencia de otros delitos que puedan surgir. El hecho de no solicitar la autorización del consejo de familia en aquellos casos en que ésta sea necesaria, así como el de no instar la intervención del protutor en las hipótesis en que ésta sea legalmente precisa, no deben considerarse, por regla general, más que como omisiones con consecuencias civiles.

Es evidente que el Código ha establecido, al tratar de la responsabilidad criminal de los tutores por razón de incumplimiento de sus obligaciones, los mismos elementos diferenciales entre el delito y la falta que cuando se trata de la responsabilidad de los padres, es decir, el abandono malicioso del domicilio o la conducta desordenada. Ningún reparo habrá de formularse a este criterio por lo que respecta a la conducta desordenada, pero, en cambio, lo estimo totalmente improcedente en cuanto a la otra condición, ya que el tutor no está obligado a vivir en el mismo

domicilio que el pupilo y por tanto no existe entre ambos el vínculo de convivencia del que deriva el concepto de domicilio familiar.

c) DEBERES INHERENTES
AL MATRIMONIO ———

El matrimonio impone una serie de deberes mutuos entre los cónyuges que, teniendo una raíz eminentemente moral, han venido a ser exigidos expresamente por el ordenamiento jurídico, y de cuyo cumplimiento por los cónyuges depende la posibilidad de desenvolvimiento normal de la familia en cuanto el matrimonio constituye su base.

Ahora bien, por la propia índole de dichas obligaciones, la ley no puede entrar en la especificación minuciosa de las mismas, sino que las enuncia con fórmulas amplias cuyo contenido ha de interpretarse por el juez, cuando se trate de juzgar sobre cada caso de violación de tales deberes, a base de un flexible arbitrio.

En nuestro Código civil las obligaciones de los cónyuges están contenidas en los artículos 56 y 57, expresando el primero de ellos que el marido y la mujer están obligados a vivir juntos, debiéndose fidelidad y socorro mutuo. Según el artículo 57, el marido debe proteger a la mujer y ésta debe obedecer al marido. Además, de manera terminante, señala el artículo 143 la obligación alimenticia.

Tales son, pues, las declaraciones legales en materia de deberes inherentes al matrimonio que debemos tomar como punto de apoyo para la estimación del delito de abandono de familia que surgirá cuando ellas se incumplan por los cónyuges.

Todas las expresadas obligaciones pueden estimarse como de asistencia, pues si en un rigorismo interpretativo extremado sólo tendrían este carácter las de alimentos, socorros y protección, realmente éstas no pueden tener efectividad sino apoyándose en la vida común y en la fidelidad.

Ahora bien, la naturaleza abstracta de los deberes matrimoniales hace preciso el análisis de cada una de ellas para poder determinar los contornos del delito de abandono a que puede dar lugar su incumplimiento.

1.º VIDA EN COMÚN.—La violación de este deber dará lugar al delito del párrafo 1.º del artículo 487, siempre que la separación no sea debida a mutuo acuerdo, sino al hecho de haberse abandonado maliciosamente el domicilio conyugal, no ofreciendo ello duda alguna, ya que dicho abandono ha sido precisamente uno de los dos elementos tomados en cuenta por el legislador como condición del delito a que se refiere el indicado párrafo 1.º

2.º FIDELIDAD.—Apreciando la violación de los deberes impuestos por el matrimonio desde el punto de la trascendencia del deber quebrantado, habría de proclamarse que no existe otra conducta más contraria al orden matrimonial que la falta a la fidelidad que recíprocamente se deben los cónyuges (14).

La gravedad del atentado a la fidelidad conyugal queda patentizada por el hecho de que con anterioridad a que surgiera en las legislaciones el sistema de protección penal de la familia ya éstas castigaban los delitos de adulterio y amancebamiento por lo que los mismos suponen de afrenta a la honestidad.

Pero ese mismo hecho, consistente en la existencia en nuestra actual legislación de los indicados delitos de adulterio y de amancebamiento, da lugar a que se planteen una serie de dudas cuando se trata de determinar el alcance de la infidelidad conyugal como posible delito de abandono de familia.

No toda infidelidad entre cónyuges da lugar al delito de adulterio, pues este delito queda reducido a la conducta de la mujer, no castigándose el adulterio del marido mas que cuando concurren las circunstancias que dan lugar a otra figura denominada amancebamiento.

Por ello debemos distinguir las consecuencias, en orden al delito de abandono de familia, de dos clases de supuestos de infidelidad conyugal, según que tal conducta sea o no constitutiva de delito contra la honestidad específicamente previsto y penado como tal.

Casos de existencia de conducta punible como delito contra la honestidad.—La mujer casada que yaciere con varón que no sea su marido comete el delito tipificado en el artículo 449 del vigente Código penal.

El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella, es autor del delito castigado en el artículo 452 del mismo cuerpo legal.

Siendo, pues, específicamente previstas y penadas tales conductas como delitos contra la honestidad, no puede mantenerse que ellas hayan de castigarse al mismo tiempo como abandono de familia. Es cierto que adulterio y amancebamiento ofenden a dos bienes jurídicos de distinta índole y hoy día tutelados penalmente: la honestidad y el buen orden dentro de la familia y que, al ser así pudiera tal vez pensarse en la existencia de un concurso ideal de delitos. Pero la falsedad de este criterio se pone de manifiesto tan pronto como se recapacite sobre la noción de

(14) Vid. MANGINI: «Adulterio a violazione degli obblighi di assistenza familiare», en *Annali di Dir. e proc. penale*, 1934, pág. 487.—GUIDI: «Il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare a il suo primo sperimento pratico», en *Annali di dir. e proc. penale*, 1935, página 378.—DE MAURO: «L'infideltà dell coniuge e l'articolo 570 Cod. pen.», en *Riv. penale*, 1940, pág. 415.

esa figura de concurso que se da cuando un hecho que normalmente vulnera un bien jurídico viola, en el caso concreto, junto a dicho bien, otro también jurídicamente protegido de distinta naturaleza. Y no puede defenderse la calificación de concurso ideal cuando, como ocurre en los casos a que nos referimos, la doble lesión jurídica es inherente al hecho mismo. Como es inconcebible la hipótesis de delito de adulterio o de amancebamiento que exista sin que resulten quebrantados los deberes de fidelidad conyugal, no podemos estimar el concurso de ambas infracciones y por ello no podemos aplicar la norma del artículo 71, sino la del artículo 68, que precisamente se refiere a estos casos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código, determinando que se castigarán con arreglo al que aplique mayor sanción. Así, tanto el adulterio como el amancebamiento se castigarán con la pena de prisión menor establecida por los artículos 449 y 452, que es más grave que la aplicable al abandono de familia.

Pero queda otro aspecto de la cuestión que no puede desconocerse y que surge como consecuencia de ser el adulterio y el amancebamiento delitos privados y que, como tales, sólo pueden ser penados a instancia de la parte agraviada.

Si el marido o la mujer ofendidos por la infidelidad han formulado querrela y mantienen la acción penal hasta la imposición de la pena, el problema no existe, puesto que como adulterio o como amancebamiento se castigará el hecho y no como abandono de familia por las razones que han quedado expuestas.

Pero cuando la parte agraviada no ha formulado querrela o bien, ejercitando esta acción, posteriormente perdona al culpable, nos encontraremos ante la duda de si se castigará la infidelidad como delito de abandono de familia o quedará impune.

Resolviendo la dificultad interpretativa con arreglo a un criterio estrictamente amoldado al texto de las disposiciones legales, habríamos de decidimos por la afirmativa, es decir, habríamos de estimar que el hecho debe penarse como abandono de familia. En efecto, de una parte es innegable que las conductas de adulterio o amancebamiento constituyen el quebranto más hondo del deber de fidelidad conyugal y, de otra, desaparece el obstáculo representado por el hecho de castigarse la conducta como delito contra la honestidad, quedando en pie, por tanto, todos los elementos integrantes del abandono de familia punible.

Ahora bien, frente a tales razonamientos se alzan otros de tal fuerza, que no dudamos en aceptarlos como definitivos: con la punición del adulterio y del amancebamiento como delito de abandono de familia en los casos en que no se querelle la parte agraviada quedaría anulado el carácter privado de ambas infracciones. No puede sostenerse en jus-

ticia que la misma ley que somete el castigo de estas infracciones contra la honestidad a la condición de que el ofendido se querelle, no obstante estimarlas como más graves que los atentados contra la familia, como demuestra la mayor pena con que las sanciona, haya querido anular ese principio inspirado en el respeto a la vida familiar y en la conveniencia de evitar mayores males a la familia con la publicidad de los hechos escandalosos.

Prácticamente, además, se daría el caso de que el cónyuge agraviado ejercitase la acción de querrela por adulterio o por amancebamiento para evitar el castigo por abandono de familia y con posterioridad hiciese uso de la facultad de perdón establecida por el artículo 451 como medio de que la conducta del cónyuge culpable quedase impune.

Caso de infidelidad conyugal no constitutivo de delito contra la honestidad: adulterio del marido sin amancebamiento.—Por las mismas razones que han quedado expuestas en demostración de la improcedencia de considerar como delito de abandono de familia los casos a que anteriormente nos hemos referido, habremos de desechar la estimación como tal del supuesto de adulterio del marido sin que exista la característica de amancebamiento. Si conductas que la ley penal califica como más graves, cuales son la del adulterio de la mujer y la del amancebamiento del marido, no deben dar lugar al delito de abandono de familia, ni siquiera cuando no es ejercitada la acción por el cónyuge ofendido, como hemos visto, porque con ello quedaría anulado el principio de respecto a la vida familiar, básico en la materia, sería absurdo romper el mismo al llegar a la calificación de la hipótesis que ahora contemplamos.

Puede, pues, concluirse con la afirmación de que, siendo el deber de fidelidad conyugal el que constituye la base del buen orden dentro del matrimonio y no obstante depender del cumplimiento del mismo la efectividad de las otras obligaciones impuestas a los cónyuges, en su mayor parte, el quebrantamiento de esa fidelidad queda al margen del delito de abandono de familia por haber sido objeto de una específica tipificación en otros artículos del Código penal inspirados en el justo equilibrio entre la necesidad de castigar tales atentados y la procedencia de someter la penalidad aplicable a la condición del ejercicio del derecho de querrela por parte del agraviado, para evitar que los beneficiosos efectos de la sanción se transformen en causa de mayores males.

3.º SOCORRO MUTUO.—Es esta obligación, dentro de las conyugales, la que más claramente presenta el carácter de asistencia y, por tanto, la que al ser incumplida ha de ofrecer de forma más acusada los elementos integrantes del delito de abandono familiar.

Pero al mismo tiempo, por la propia índole de este deber y la forma

amplia en que es enunciado por la ley civil, es una de las obligaciones de más difícil apreciación en su contenido a los efectos de determinar las consecuencias penales de su incumplimiento. El deber de socorrerse mutuamente que impone a los cónyuges el artículo 56 del Código civil abarca la asistencia completa y perfecta en todas las esferas de la vida, pero, en realidad, como dice CASTÁN, el Derecho no puede penetrar en las relaciones íntimas del hogar para hacer efectiva esa obligación, y sólo presta una sanción legal concreta al auxilio físico representado por los alimentos a los que se refieren los artículos 143 y 144 del Código (15).

Falta al deber de socorro, de manera indudable, el cónyuge que niega al otro lo indispensable para el sustento cuando este último se halla necesitado, pero tal conducta donde encuadra perfectamente es en el párrafo 2.º de este mismo artículo y no en el 1.º

Fuera de ese caso, los demás de incumplimiento del deber alimenticio entre cónyuges han de ser apreciados por el juez teniendo en cuenta la hondura de tal incumplimiento.

Debe tenerse en cuenta, dice el ilustre civilista últimamente citado, que aunque el deber alimenticio es recíproco, sin que, en principio, se señale una preferencia entre el marido y la mujer (arts. 143, núm. 1.º y 144, núm. 1.º), el sistema de organización familiar, reflejado en fundamentales preceptos del Código civil (como el del artículo 57, «el marido debe proteger a la mujer», y el del 59, «el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario») impone en muchos casos, y los más ordinarios, un marcado matiz diferencial. Con respecto al marido, en las situaciones normales del matrimonio la obligación alimenticia queda absorbida por el deber, absoluto y más amplio, que corresponde a aquél como jefe de la familia (SS. de 16 de enero de 1906 y 6 de marzo de 1920). En cuanto a la mujer, y hecha abstracción del caso en que por virtud de pacto le corresponda la administración de la sociedad conyugal, el deber de alimentar al marido sólo puede incumbirle como obligación estrictamente alimenticia, en caso de que éste no cuente con medios suficientes (SS. de 12 de febrero de 1912, 6 de marzo de 1920 y 20 de octubre de 1924) (16).

Destacada de esta forma por CASTÁN, siguiendo el criterio de la jurisprudencia, la diferenciación que es necesario establecer entre la posición del marido y de la mujer con respecto al deber alimenticio, es absolutamente preciso reconocer la influencia que ello supone en orden al incumplimiento de dicha obligación desde el punto de vista penal. En efecto, salvo el caso del cónyuge que no proporciona al otro que se

(15) CASTÁN: «Derecho Civil español», III, 1941, pág. 507.

(16) CASTÁN: Ob. y lug. cit.

encuentra necesitado los medios indispensables para el sustento, en el cual el marido y la mujer incurren en idéntica responsabilidad, los demás de incumplimiento del deber alimenticio entre cónyuges no podrán evidentemente dar lugar a la responsabilidad derivada del artículo 487 cuando sea la mujer quien incurra en dicho incumplimiento. Es decir, que la mujer que niega al marido alimentos, no hallándose éste necesitado, o bien que hallándose éste en situación de necesidad le entrega lo indispensable para el sustento, pero no lo preciso para otras atenciones, no incurre en responsabilidad penal por abandono de familia.

El marido que, sin negar alimentos a la mujer, no la proporcione los medios necesarios para que ésta se mantenga en el nivel de vida que corresponda a la situación económica y social de la familia, incurre, según DE MAURO, en el delito de abandono por incumplimiento de este deber de socorro (17), criterio éste que no estimamos aceptable, porque, aparte la calificación que tal proceder haya de merecer desde el punto de vista de la legislación civil, es lo cierto que la ley penal reprime solamente, como dice RICCIARDELLI, la violación de aquellas normas de conducta que afectan directa o indirectamente a la colectividad y son presupuesto de su progreso y de la normal convivencia; cuando la lesión del interés o del derecho individual no tiene repercusión en el orden social el hecho es indiferente al derecho punitivo. Añade el escritor últimamente citado que el Estado no puede transformarse en contable de millones de familias para decidir en cada caso si es o no justificada la negativa del marido a que su mujer enriquezca su guardarropa con un nuevo vestido o bien con un vestido más costoso que aquel que él hubiera querido encargar (18). El efecto, la tacañería del marido, será una desgracia para la mujer, pero como tal habrá de sufrirla más o menos pacientemente, sin que deba aspirar a que los Tribunales castiguen a su desconsiderado esposo. Tan sólo en casos extremos, como cuando el marido que teniendo una posición holgada obligase a la mujer a rudos trabajos para la obtención de medios económicos, puede decirse que se falta a la obligación de socorro incurriendo en responsabilidad penal.

CUELLO CALÓN opina que el deber de socorro mutuo entre los cónyuges no ha de entenderse de modo restrictivo, en un sentido de pura asistencia material, sino también en el sentido de asistencia y ayuda moral y espiritual, de afecto y estimación recíproca, de amparo y protección, especialmente por parte del marido, al que la ley (art. 57 del Código civil) impone este deber, estimando que el texto al decir «deberes de asistencia inherentes al matrimonio», se refiere principalmente

(17) DE MAURO: «Il delitto di abbandono della famiglia». En *Riv. penale*, 1926, pág. 16.

(18) RICCIARDELLI: «Violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Codice penale». En *Rivista penale*, 1931, pág. 209.

a éstos y pena su infracción, pues el incumplimiento de los deberes de asistencia de carácter material constituye un delito diverso definido en el párrafo 2.º del mismo artículo (19).

Tal criterio no puede ser más acorde con el sentido inspirador de las disposiciones penales sancionadoras del delito de abandono de familia, pero no obstante, colocando las cosas en el terreno de la realidad y no perdiendo de vista en ningún momento la naturaleza eminentemente moral de las relaciones conyugales, veremos cuán difícil será el hallazgo de una hipótesis en que la sanción penal pueda restablecer la paz espiritual del matrimonio que la perdió. El cónyuge que, sin llegar a los malos tratos, claro es, mantenga una actitud adusta, fría, egoísta, despreocupada hacia su consorte, faltará a un deber moral e incluso a la abstracta obligación impuesta por la ley civil; pero de ello a incurrir en responsabilidad penal y nada menos que por un delito perseguible de oficio, media un abismo. Lo contrario supondría la constante intervención de los Tribunales de Justicia en la vida privada de las familias, con menoscabo de su dignidad y con perjuicio, no sólo del cónyuge culpable, sino también del inocente y de los hijos.

Por el contrario, los casos de malos tratos, ya de obra ya de palabra, las amenazas y otros actos de análoga gravedad deben estimarse de manera indudable como violaciones del deber de asistencia entre cónyuges, haciendo incurrir en responsabilidad penal al culpable de los mismos a título de abandono de familia, sin que sea obstáculo el hecho de que tales conductas sean constitutivas de otras figuras delictivas o contravencionales, pues entonces han de presentarse ambas infracciones como verdadero concurso ideal, aplicándose la penalidad conforme a lo dispuesto por el artículo 71.

Cuestión que ha sido estudiada con cierto detenimiento por los autores, aunque a mi modo de ver ni siquiera debiera haberse planteado, es la referente a si el incumplimiento de la obligación sexual ha de dar lugar al delito de abandono de familia.

El origen de la polémica doctrinal lo encontramos en una sentencia del Pretor de Casteggio dictada en el año 1933, en la que se mantuvo la tesis de que el incumplimiento del deber de prestación sexual entre cónyuges es constitutivo del delito castigado en el artículo 570 del hoy derogado Código de Italia. Más recientemente, este mismo criterio fué aceptado por la Corte di Appello de Nápoles, en su sentencia de 25 de junio de 1936.

En el terreno doctrinal, la mayoría de los autores son contrarios a la indicada solución, pudiendo citarse los nombres de MANGINI (20), GUI-

(19) CUELLO CALÓN: Trabajo cit., pág. 42.

(20) MANGINI: Trabajo cit.

DI (21), JACONO (22), SINOPOLI (23), ZERBOGLIO (24), CARNELUTTI (25), SANDULLI (26), PAOLI (27), JEMOLO (28), PANNULLO (29) y CUELLO CALÓN (30).

Mas no faltan ilustres penalistas que se inclinen decididamente por el criterio de las aludidas sentencias italianas, como MANZINI (31), DE MARSICO (32) y LEONE (33). Los argumentos que se alegan por estos autores son de distinta índole, si bien el de mayor fuerza consiste en afirmar que el deber de cohabitación tiene indudable carácter asistencial, por lo que, refiriéndose el tipo delictivo al quebrantamiento de esas obligaciones de asistencia, no puede por menos de ser calificado como delito el proceder del cónyuge que, a causa del abandono malicioso del domicilio o de su conducta desordenada, deja incumplido tal deber.

Según MARSICO, no es lógicamente posible penar la violación de las obligaciones de asistencia y dejar impune la más grave de estas violaciones, cual es la que recae sobre el deber de cohabitación, ya que—según el citado escritor—«quien cesa de cohabitar, cesa también de asistir».

Al citado razonamiento se opondrá, acertadamente, JACONO, alegando que del hecho de estar penalmente sancionadas las obligaciones de fidelidad y de asistencia, no es lícito inferir que también lo esté la de cohabitar, cuya violación, por otra parte, no debe ser estimada como la más grave. Además—añade—, no es exacto ni real el criterio de que no puede existir asistencia sin cohabitación.

Es evidente que uno de los deberes impuestos a los cónyuges por el fin primario del matrimonio es el de la prestación sexual, puesto que sin ésta dicho fin, o sea el de procreación, no podría alcanzarse. Pero no es menos cierto que la índole de este deber ha determinado al legislador,

(21) GUIDI: Trabajo cit.

(22) JACONO: «Esigibilità penale dell'obbligo sessuale tra coniugi?». En *Riv. Ital. di dir. penale*, 1937, pág. 703.

(23) SINAPOLI: «Se il rifiuto apporto da un coniuge alla «communio thori» posa essere incriminato ai sensi dell'art. 570 Cod. pen.». En *Il diritto ecclesiastico*, 1935, pág. 133 (Cit. por JACONO).

(24) ZERBOGLIO: «Dinioghi coniugali, adulterio, concubinato e violazione degli obblighi di assistenza familiare». En *Rivista di dir. matrimoniale*, 1935, pág. 297 (Cit. por JACONO).

(25) CARNELUTTI: «Mancata prestazione sessuale dell'coniuge». En *Giurisprudenza italiana*, 1937, pág. 117.

(26) SANDULLI: «Amplesso coniugale ed obbligo di assistenza familiare». En *Giustizia penale*, 1937, II, 89.

(27) PAOLI: «La prestazione sessuale e gli altri obblighi di assistenza». En *Annali di diritto e proc. penale*, 1937, pág. 828.

(28) JEMOLO: «Su una contrastata interpretazione dell'art. 570 Cod. pen.». En *Giurisprudenza italiana*, 1937, IV, pág. 209.

(29) PANULLO: «Il mancato amplesso coniugale costituisce il delitto di cui all'art. 570 Cod. pen.». En *Riv. di dir. pen.*, 1937, pág. 986.

(30) CUELLO CALÓN: Trab. cit., pág. 43.

(31) MANZINI: «Trattato», VII, 749.

(32) DE MARSICO: «Il rifiuto del coniuge alla comunione del talamo e l'art. 570 Cod. pen.». En *Foro italiano*, 1937, II, 267 (Cit. por JACONO).

(33) LEONE: «Violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo cod. pen.». Nápoles, 1931, pág. 59.

al formular las distintas obligaciones conyugales, a no constatarla de manera directa, y así vemos cómo el artículo 56 del Código civil para nada habla de la prestación sexual, indicando tan sólo que los cónyuges están obligados a «vivir juntos», con lo cual delicadamente se aparta de una cuestión en la que, por afectar a la esfera más íntima de la vida familiar, ningún efecto beneficioso puede producir la tutela jurídica representada por medios coercitivos. Y si la misma ley civil alude tan veladamente a este delicado aspecto de la vida matrimonial, ¿cómo puede sostenerse que el incumplimiento del deber de que venimos tratando haya de ser constitutivo de delito? No debemos olvidar, y menos cuando tratemos de infracciones de naturaleza tan especial como la del abandono de familia, que el Derecho punitivo no debe invadir jamás las restantes zonas del Derecho, ni mucho menos tratar de garantizar el cumplimiento de obligaciones que, aun teniendo matiz jurídico, tan sólo han de encontrar eficaz protección a base de la serie de medios que la Religión y la Moral pueden proporcionar.

B) La posibilidad de cumplimiento de los deberes de asistencia

Esta condición, que viene a ser exigida de manera expresa por el tipo, es consecuencia lógica de la naturaleza omisiva que tiene el delito de abandono de familia. Estando la conducta típica constituida por la no ejecución de cuanto el padre, el tutor o el cónyuge vienen obligados a realizar en el normal desenvolvimiento de su vida como tales, aunque el Código nada dijese sobre este extremo, no podría incurrir en responsabilidad la persona que se encuentra imposibilitada para cumplir con sus deberes. Es más, siendo preciso, para que exista el delito de éste primer párrafo del artículo, que el incumplimiento obedezca, bien al abandono malicioso del domicilio familiar, bien a la conducta desordenada, resulta innecesaria esta aclaración del texto, ya que en el proceder del que deja de cumplir un deber de asistencia, porque no puede obrar de otra manera, faltarán siempre esas otras condiciones típicas de abandono malicioso del domicilio familiar o de conducta desordenada. En el ejemplo propuesto por CUELLO CALÓN referente al caso del padre o la madre que por acudir al trabajo deja todo el día solos a sus hijos, no podría jamás exigirse responsabilidad penal, y no ya porque el Código señale esta excepción del caso en que no pueda cumplirse el deber, sino porque en la conducta de dicho padre o de dicha madre lo que ocurre es que no hay ni abandono malicioso del domicilio ni conducta desordenada.

C) El abandono malicioso del domicilio familiar y la conducta desordenada como condiciones del tipo genérico

El incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad, a la tutela o al matrimonio, sólo da lugar a la responsabilidad penal derivada del párrafo 1.º del artículo 487 cuando el culpable hubiere abandonado maliciosamente el domicilio familiar o cuando el incumplimiento tuviere por causa su conducta desordenada.

Al ser, pues, estas conductas verdaderas condiciones típicas, resulta indispensable su análisis.

a) ABANDONO MALICIOSO
DEL DOMICILIO FAMILIAR

En la determinación del concepto de domicilio hemos de partir de la idea de la convivencia a que vienen obligadas ciertas personas ligadas por vínculos de parentesco, siendo esta noción de domicilio, como ya señala CUELLO CALÓN, totalmente independiente de la que fija el Código civil en su art. 40. Ha de entenderse, pues, por domicilio, la casa paterna, el lugar donde la familia desarrolla su vida en común, la sede familiar.

El deber de convivencia viene establecido por la ley civil, y sus disposiciones son las que hemos de tomar como base para apreciar si ha existido o no el abandono malicioso que, al provocar el incumplimiento de las obligaciones de asistencia, hace al sujeto penalmente responsable.

Tienen obligación legal de convivencia: los padres con respecto a los hijos no emancipados (art. 155 del Código civil) y los cónyuges entre sí (art. 56 del mismo Código). Por tanto, éstas serán las personas que si abandonan el domicilio maliciosamente y a causa de ello quebrantan sus obligaciones de asistencia, se harán responsables criminalmente.

Constituído el abandono por el hecho del apartamiento de la vida familiar, y pudiendo este apartamiento tener carácter definitivo o meramente temporal y obedecer a diferentes motivos, ha sido preciso que la ley establezca la base para delimitar los supuestos de abandono punible de aquellos otros casos en los que, a pesar de alejarse el sujeto de la vida doméstica, su conducta no integra los caracteres delictivos. Por ello se exige por el tipo que el abandono del domicilio haya de ser «malicioso», término éste que, como con gran acierto expresa CUELLO CALÓN, significa no sólo voluntariedad, sino también ilegitimidad (34).

(34) CUELLO CALÓN: Trab. cit., pág. 37.

Falta el requisito de voluntariedad en todos aquellos supuestos en los que el sujeto abandone el domicilio constreñido por una necesidad y no ya de carácter material, como cuando haya sido detenido y encarcelado, sino de cualquier índole que sea, siempre que a ella no pueda o no deba sustraerse, v. gr., cumplimiento de servicio militar o de obligaciones propias del cargo que ejerza.

La malicia en el abandono es característica que ha de ser interpretada por el juez en cada caso, basándose en la índole de los motivos que inspiraron la determinación del agente. El Tribunal Supremo ha venido a declarar que la índole maliciosa del abandono es cuestión dependiente del motivo inspirador, al afirmar la existencia de malicia en el proceder del sujeto que se ausenta del hogar «porque lo hizo *sin razón ni motivo*» (S. de 27 de enero de 1944). Igualmente, en sentencia de 13 de junio de 1944 se castigó a la madre de cinco hijos que abandonó el domicilio conyugal, desatendió los deberes inherentes al estado matrimonial y persistió en el alejamiento del hogar «*sin causa justificada*».

Ahora bien, es preciso tener siempre presente que la conducta de abandono en sí no es punible, sino que el delito surge cuando a consecuencia de la misma quedan incumplidas las obligaciones de asistencia familiar, por lo cual la malicia de que habla la ley ha de entenderse en el sentido, no sólo de la inexistencia de motivo que la justifique, sino también de conocimiento por parte del agente de que con su apartamiento del hogar quebranta sus deberes de asistencia, extremo éste que se presumirá, porque, afectando al dolo genérico, ha de interpretarse a tenor de lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 1.º del Código penal.

La mayor o menor duración del alejamiento de la vida doméstica no modifica el carácter del abandono, no siendo preciso que éste sea definitivo, pues, aparte de que en la mayoría de los casos ni el culpable mismo sabe si ha de llegar o no algún día en que regrese al hogar, siempre que a causa del abandono malicioso queden incumplidas las obligaciones de asistencia el delito queda consumado. Lo que sí es cierto es que en la generalidad de los supuestos de ausencia de corta duración no llegan a sufrir quebranto, al menos grave, los intereses materiales y morales de la familia. Mas si por breve que sea la ausencia ha llegado a faltar a los deberes asistenciales, el delito existe de manera indudable; tal sería el caso del padre que abandona el domicilio para hacer un viaje en compañía de su amante, no ocultándolo a sus hijos y dando con ello ejemplo de la más cínica inmoralidad, con grave violación de sus deberes educativos.

En el caso citado por MANZINI, y al que se refiere también CUELLO CALÓN, de que el domicilio no exista todavía, consistiendo la conducta del sujeto en negarse a vivir con el otro cónyuge, a raíz de haberse ce-

lebrado el matrimonio, creo, con el autor últimamente citado, que no puede afirmarse la existencia de abandono malicioso del domicilio familiar, puesto que éste no se halla aún constituido, si bien, como quiera que se viola el deber legal de convivencia y tal proceder es contrario al orden de la familia, el hecho podría ser constitutivo de delito, si no por la concurrencia de la primera de las circunstancias típicas (abandono del domicilio), sí por la segunda (conducta desordenada) (35).

b) CONDUCTA DESORDENADA

La exigencia de una conducta desordenada a causa de la cual se origine la violación de los deberes familiares constituye un elemento típico de carácter normativo, usando la terminología germánica, y que como tal ha de ser determinado mediante una especial valoración del estado de hecho (36). Junto a la apreciación de si ha existido o no quebrantamiento de las obligaciones legales de asistencia, debe determinar el juez este elemento consistente en la índole de la conducta que fué la causa de la misma. En el primer punto el juicio ha de basarse en un criterio jurídico, puesto que se trata de contrastar el proceder del sujeto con los deberes legales de asistencia; por el contrario, en el segundo extremo, o sea en la calificación de la conducta para determinar si es o no desordenada, el juicio valorativo ha de fundamentarse en nociones de índole moral. La ley no ha considerado como delictiva toda violación de las obligaciones familiares de tipo asistencial, sino solamente cuando éstas son provocadas, bien por el abandono malicioso del domicilio familiar, bien por la conducta desordenada del sujeto. Y no debe entenderse que la conducta desordenada es aquella contraria al orden de la familia *legalmente establecido*, pues si así fuese ningún valor tendría esta exigencia típica desde el momento en que toda vulneración de los deberes legales de asistencia llevaría implícito el carácter desordenado de tal conducta, ya que desorden legal es faltar a un deber impuesto por la ley civil, y con ello se llegaría a la conclusión de que no habría un solo caso de falta a esos deberes de asistencia sin incurrir en responsabilidad penal. Así, pues, estimo que conducta desordenada es aquella que contraría las normas morales que deben presidir la vida familiar. Como dice MAGGIORE, el orden de la familia no puede significar sino la moral familiar (37). Debe insistirse en destacar el hecho de que esta interpretación no supone elevar una conducta simplemente inmoral al rango de delito, puesto que no se castiga el proceder desorde-

(35) MANZINI: «Trattato», VII, pág. 744.

(36) MEZGER: «Tratado» (trad. española R. Muñoz), pág. 320

(37) MAGGIORE: «Principii di dir. pen.», II, 1941, pág. 575.

nado en sí mismo, sino tan sólo cuando a causa de él llega a quebrantarse un deber de asistencia impuesto por la ley civil; ambos elementos son los integrantes del tipo contenido en la primera parte del artículo 487.

La expresión «conducta» supone, como acertadamente indican SALTELLI y ROMANO DI FALCO, «la continuidad o repetición de actos»; «un solo hecho—añaden—violador de las obligaciones de que tratamos puede no ser bastante para integrar la materialidad del delito, porque serían precisos, por regla general, varios hechos suficientes para demostrar en el culpable una conducta intencionadamente contraria a sus deberes de padre o de cónyuge. Solamente en este caso la ley penal podrá ejercitar su eficacia. Antes que tal estado de cosas se verifique, la paz de la familia aconseja tener la mayor confianza en la voz de la sangre y en la acción de aquellos que están en condiciones de poder hacer llamamiento a la santidad de los afectos domésticos» (38).

D) La culpabilidad

No contiene la redacción típica ningún elemento específico de culpabilidad, pues como ya ha sido dicho, el término «malicioso» empleado para cualificar el abandono del domicilio no significa otra cosa que voluntario y no justificado y en modo alguno representa la exigencia de un dolo especial y propio de esta infracción.

Tanto en el caso de abandono de domicilio como en el de conducta desordenada, lo que resulta preciso es que el sujeto conozca el alcance de sus actos, es decir, la situación de falta de asistencia en que quedan el cónyuge, los hijos o el pupilo.

Por la propia índole del delito, no creo admisible, en modo alguno, su presentación en forma culposa, pues el dolo consiste en la conciencia por parte del sujeto de los efectos calamitosos de su proceder, y esa conciencia no puede faltar si el abandono ha sido voluntario y no justificado o la conducta ha merecido el calificativo de desordenada.

E) Momento consumativo del delito

En términos generales, puede afirmarse que el delito se consuma en el momento de haberse producido el quebrantamiento de los deberes legales de asistencia familiar; y como quiera que los deberes de asistencia han de estarse cumpliendo ininterrumpidamente, la consumación exis-

(38) SALTELLI-ROMANO DI FALCO: «Commento...», II, pág. 859.

tirá en el mismo instante en que la familia sufra los efectos del abandono o de la conducta desordenada del culpable.

Como afirma CUELLO CALÓN, no se concibe, o se concibe difícilmente, la tentativa ni la frustración en este delito, pues si el culpable ha dejado incumplidos sus deberes de asistencia familiar, el delito se ha consumado, y si no han quedado incumplidos, no ha habido violación del interés jurídico protegido por la ley (39). La opinión de MAGGIORE, al calificar de tentativa el caso del que resulta sorprendido cuando está a punto de abandonar el domicilio, es inaceptable, porque o bien lo ha abandonado y la consumación se ha producido con ello, o lo que existe es un mero propósito o todo lo más una serie de actos de preparación que no integran proceso ejecutivo alguno (40).

Es éste un delito de los denominados de resultado permanente, ya que los efectos de la lesión a los intereses familiares subsisten, y con mayor intensidad, mientras el culpable se mantenga aislado del hogar o entregado a los desórdenes de conducta.

El indicado carácter permanente produce las naturales consecuencias en orden al plazo de prescripción del delito, pues éste no comienza a correr en el momento de quedar consumado, sino en aquel en que cese la situación de abandono a la conducta desordenada.

Ahora bien, supongamos el caso de un padre que, habiendo perpetrado el delito de abandono de familia, ha sentido posteriormente los impulsos del arrepentimiento y, obedeciendo a ellos, se ha reintegrado al hogar cumpliendo fielmente sus deberes familiares. El buen sentido de cualquier persona, aunque ésta desconozca en absoluto los más elementales principios del Derecho, es luz suficiente para apreciar los catastróficos efectos que en la vida doméstica originaría una condena recaída sobre quien a la sazón responde fielmente al noble título de padre de familia. Y, sin embargo, dado el carácter público de esta infracción, yo quisiera encontrar los razonamientos que habrían de servir de apoyo a los considerandos de una sentencia absolutoria en el caso propuesto, dados los términos en que los preceptos legales que la regulan están redactados, y en el supuesto en que cualquier persona denunciase el hecho a los Tribunales antes de haber prescrito la acción penal. Únicamente haciendo uso de la facultad concedida al juzgador por el artículo 2.º del Código penal podrían corregirse los efectos de la sentencia condenatoria, mediante la solicitud del ejercicio de la gracia de indulto.

Medio de evitar que la protección que la ley penal quiere prestar a la familia se convierta en aumento de mayores males para la misma sería

(39) CUELLO CALÓN: *Trab. cit.*, pág. 46.

(40) MAGGIORE: «Principii», II, pág. 579.

el de establecer un amplio efecto del arrepentimiento a manera de excusa absolutoria para los casos en que dicho arrepentimiento fuese efectivo y con la debida previsión legislativa al redactar el correspondiente precepto legal de manera que no quedasen amparados por el mismo los supuestos de simulación. Yo me atrevería a aconsejar la siguiente fórmula: «No se impondrá pena alguna por delito de abandono de familia cuando el que lo cometió se haya reintegrado, por impulso de arrepentimiento, al hogar doméstico y venga cumpliendo fielmente los deberes de asistencia a que se refiere el artículo anterior, si ello ha tenido lugar con anterioridad al momento de haberse incoado el procedimiento judicial. En el caso de que el sujeto a quien beneficia esta excusa reincidiera en el mismo hecho, ésta quedará sin efecto, siendo juzgado por los dos delitos e imponiéndose las penas a ellos correspondientes conforme a lo establecido por el artículo 70, cualquiera que sea el tiempo transcurrido entre una y otra conducta de abandono».

SEGUNDA FIGURA TIPICA

A) Naturaleza de la misma

La conducta castigada en este párrafo, aparte del artículo 487, consiste, como se dijo, en el hecho de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento a los descendientes menores o incapaces para el trabajo o a los ascendientes o al cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser respecto a este último que se encuentren separados por culpa del referido cónyuge.

El problema de más trascendencia que plantea esta modalidad típica es el de la calificación de su naturaleza, puesto que surge la duda sobre si se trata de una simple cualificación del tipo contenido en la primera parte del artículo o, por el contrario, constituye una figura delictiva de caracteres propios e independiente de la otra figura.

La cuestión apuntada presenta sumo interés, y no solamente desde el aspecto doctrinal, puesto que de admitir uno u otro criterio interpretativo depende el enjuiciamiento de variedad de supuestos que pueden presentarse.

Si se estima que este párrafo 2.º contiene una simple modalidad agra-

vada del tipo contenido en la primera parte del artículo, el hecho de no prestar la asistencia indispensable para el sustento a los descendientes, ascendientes o cónyuge sólo podrá ser castigado cuando tal violación se haya originado por el abandono malicioso del domicilio o por la conducta desordenada.

Por el contrario, calificando esta forma como modalidad típica independiente de la primera, no quedará la conducta a que la misma se refiere sometida a esas condiciones de abandono malicioso o conducta desordenada, incurriéndose en la penalidad señalada por el solo hecho de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento, cualquiera que sea la causa motivadora de tal proceder.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de junio de 1945, consideró, al decidir un caso conforme a los preceptos de la ley de 12 de marzo de 1942, que el segundo párrafo de su artículo 1.º (hoy párrafo 2.º del artículo 487) constituye, no una forma diferente del delito de abandono de familia, sino una especial agravación que exige la existencia de los dos anteriores elementos, por lo que no puede castigarse como autor de abandono al padre que no abandona el domicilio familiar ni observa conducta desordenada, aunque deje de prestar asistencia a un hijo menor.

CUELLO CALÓN, por el contrario, estima que se trata de dos diversas figuras de delito, no de modalidades distintas de un mismo hecho, pues la primera se refiere a un abandono de carácter moral y económico y la segunda castiga la falta de asistencia económica; los elementos que integran cada una de ambas infracciones son diversos—añade—y las penas que los sancionan son también diferentes (41).

Este criterio es el que encuentro plenamente acorde con el sentido del artículo 487, por dos razones que lo fundamentan y que merecen considerarse separadamente:

- a) **DISTINTO CARÁCTER DE LOS ALIMENTOS
COMO DEBER ESTABLECIDO POR LA LEY
CIVIL Y LA OBLIGACIÓN DE PRESTAR LOS
MEDIOS INDISPENSABLES PARA LA SUBSIS-
TENCIA, DIRECTAMENTE TUTELADA POR
LA LEY PENAL**

El párrafo 1.º del artículo castiga el hecho de dejar de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia, lo cual supone, como se dijo anteriormente, una remisión de la ley penal a la ley civil, puesto

(41) CUELLO CALÓN: Trab. cit.

que no puede conocerse cuáles sean esos deberes sin acudir a esta última. Por el contrario, en el párrafo 2.º no se da ese fenómeno de remisión, sino que la conducta castigada se expresa taxativamente por el tipo penal, consistiendo en dejar de prestar, no los alimentos, término éste que hubiera podido dar a entender que lo que se penaba era el incumplimiento del deber alimenticio establecido por el Código civil, sino «lo indispensable para el sustento».

Este es también el sentido en que se manifiestan autorizados escritores, como MANZINI, que opina que la obligación de prestar los medios de subsistencia es establecida directamente por la ley penal (42); LEONE, que afirma que la aplicabilidad de la norma penal es independiente de la disciplina civil sobre los alimentos (43), y MALINVERNI, en un minucioso estudio del problema (44).

Claro es que el no prestar los medios indispensables para la subsistencia, como conducta penalmente típica, constituye al mismo tiempo la infracción del deber alimenticio establecido por la ley civil, pero sin que esta coincidencia suponga sometimiento de la sanción penal a la calificación de la conducta desde el punto de vista civil, como ocurre en los demás casos de violación de los deberes de asistencia.

b) DIFERENCIACIÓN EN CUANTO A LOS SUJETOS DEL DELITO

Tanto en lo que respecta al sujeto activo como al pasivo, esta figura es, por un lado, más amplia y, por otro, más restringida que la del párrafo 1.º. En efecto, mientras pueden ser responsables de la misma no sólo los padres o cónyuges, sino también los ascendientes respecto de sus descendientes, queda excluido de la misma el tutor.

Además, como ya ha sido destacado en páginas anteriores, al no hablarse en este párrafo de incumplimiento de deberes de asistencia «inherentes a la patria potestad», sino de dejar de prestar la asistencia indispensable para el sustento «a los descendientes», no sólo se amplía a los abuelos y demás ascendientes la noción de sujeto activo, sino que hasta queda ampliada también la responsabilidad de los padres a casos en los cuales no cometerían delito alguno conforme al párrafo 1.º. Ya se ha indicado en otro lugar de este trabajo cómo no se castiga por abandono de familia a los padres que no cumplan los deberes de asistencia

(42) MANZINI: «Trattato», VII, pág. 799.

(43) LEONE: Trab. cit., pág. 117.

(44) MALINVERNI: «La obbligo della assistenza nel diritto penale e nel diritto civile». En Riv. ital. di dir. pen., 1940, pág. 547.

respecto a los hijos ilegítimos, porque en cuanto a los mismos falta la patria potestad, en la cual se basa la responsabilidad señalada en el párrafo 1.º. Igualmente no es punible la conducta del padre que desasiste a su hijo cuando éste salió de su patria potestad por virtud de adopción. Pero tanto en uno como en otro caso, si la falta de asistencia consiste en dejar de prestar lo indispensable para el sustento, el padre se hace responsable del delito definido y castigado en este segundo párrafo.

Todo ello pone bien de manifiesto que no se trata de una simple cualificación de la figura castigada en el párrafo primero, sino de un delito con caracteres propios y que, por ello, no ha de entenderse sometido a las condiciones de abandono malicioso del domicilio familiar o de conducta desordenada. Ello es justo a todas luces, ya que se refiere tal tipo delictivo al quebrantamiento de obligaciones de tal trascendencia, que por sí mismo, sin necesidad de entrar en el examen de las causas que lo hayan producido, es suficiente para fundamentar la imposición de la pena.

B) Alcance de la expresión «asistencia indispensable para el sustento» —

Como expresa CUELLO CALÓN, la asistencia indispensable para el sustento representa lo estrictamente necesario para vivir: alimento, vestido, habitación y asistencia médica, distinguiéndose la misma de la obligación alimenticia establecida por la ley civil, de una parte en que ésta comprende también la educación e instrucción del alimentista cuando es menor, y de otra en que la cuantía se ha de fijar en proporción a los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe (artículos 142 y 146 del Código civil). Por el contrario, la asistencia a que se refiere este segundo párrafo del artículo 487 ni comprende la educación e instrucción, puesto que se trata aquí de un abandono de carácter puramente material o económico, ni está en relación con los medios del que ha de asistir o del que ha de recibir el auxilio.

C) Condiciones referentes al sujeto pasivo —

Cuando la conducta consista en dejar de prestar la asistencia a que se refiere el texto legal a los descendientes, exige el tipo que éstos sean menores o se hallen incapacitados para el trabajo. Constituyendo esta figura una modalidad en la que se indica expresamente la conducta delictiva, sin remisión a la ley civil, conforme se ha dicho, debiera haberse

concretado el extremo referente a la menor edad, pues se da el caso de que, o se entiende por menor edad la establecida por la legislación civil, o tal extremo ha de dejarse a la prudente interpretación judicial en cada caso, según las circunstancias concurrentes. Lo primero parece el criterio aceptable, pero ello tiene el inconveniente de que cuando el delito se cometa en territorio sometido a la legislación foral, surgiría la duda de si habría de regir ésta o la común. Entendemos que, por la absoluta independencia de este tipo penal, no relacionado con los preceptos de la ley civil, la apreciación de la menor edad debe dejarse al arbitrio del juzgador.

Igualmente la incapacidad para el trabajo no requiere previa declaración, sino que es punto que ha de apreciarse libremente por el Tribunal.

Respecto a la asistencia debida a los ascendientes o al cónyuge, expresa el tipo el requisito de que éstos se hallen necesitados. Por necesidad creo, con MALINVERNI, que ha de entenderse la situación de absoluta indigencia, sin que haya de influir para nada el rango o condición de la persona y habiendo de apreciar las circunstancias en que se encuentra de manera objetiva, o sea contrastando las mismas con lo que cualquier persona necesita para subsistir (45).

Dice CUELLO CALÓN que el deber penalmente sancionado subsiste aun cuando la situación de necesidad haya sido provocada por holgazanería, vida disipada o aversión al trabajo (46). Desde luego, el texto legal no distingue, y por ello es racional la interpretación del citado profesor.

No existe responsabilidad penal en el caso de que el necesitado se niegue a admitir el auxilio que se le ofrece por el ascendiente, descendiente o cónyuge, sin que deba inducir a confusión el hecho de que la ley civil declare irrenunciable el derecho a percibir alimentos. En primer lugar, ya se ha dicho repetidamente que la asistencia a que se refiere el tipo que estudiamos es distinta de la obligación alimenticia de índole civil. Pero, además, tampoco el Derecho privado prohíbe al alimentista rechazar los alimentos en concreto, sino que lo que declara el artículo 151 del Código civil al decir que el derecho a percibirlos es irrenunciable es simplemente la nulidad de dicha renuncia y, por tanto, que si se quiere ejercitar posteriormente la acción para reclamarlos ésta habrá de surtir todos sus efectos. Sería absurdo imponer una pena a quien, habiendo ofrecido asistencia al ascendiente, descendiente o cónyuge necesitado, no ha hecho efectiva la ayuda tan sólo por no aceptarla éste. Ahora bien, el delito existirá tan pronto como, habiendo accedido el necesitado a aceptar la asistencia que anteriormente rechazó, el obligado a prestarla se niegue a ello.

(45) MALINVERNI: Trab. cit., pág. 551.

(46) CUELLO CALÓN: Trab. cit., pág. 52.

El consentimiento de la víctima, que por regla general no modifica la responsabilidad penal, exime totalmente cuando se trata de infracciones de contenido económico por ser los bienes de esta índole de carácter disponible y renunciable. Y el delito que estudiamos, aun siendo una infracción contra la familia, es de índole económica, a diferencia del definido por el párrafo 1.º del mismo artículo, que lo mismo comprende el abandono material que el moral.

No se diga tampoco que nadie puede renunciar a los medios absolutamente precisos para vivir, pues aunque ello es cierto en cuanto equivaldría a un suicidio, no puede modificar lo anteriormente dicho, ya que la negativa del necesitado a aceptar el auxilio que se le ofrezca no implica siempre la resolución de perecer, mejor dicho, resulta sumamente anómalo que así sea, suponiendo por regla general que prefiere acudir a otros medios de subsistir, incluso a la misma Beneficencia pública o privada (47).

Plantea CUELLO CALÓN un interesante problema referente al caso de que concurra en la persona que tiene derecho a la asistencia alguna de las circunstancias que conforme al Código civil motivan la pérdida del derecho a percibir alimentos (artículo 152, apartado 4.º, en relación con los artículos 756 y 852 a 855, todos ellos del Código civil).

En opinión del citado profesor, tales causas de pérdida del derecho alimenticio deben producir el efecto de justificar la conducta del que deja de prestar la asistencia a que se refiere este segundo párrafo del artículo 487. Así debiera ser en buenos principios, ya que si dichas causas son de tal índole que el legislador civil ha establecido en caso de su concurrencia la pérdida del derecho a reclamar alimentos, la ley penal no debiera ser más exigente que aquélla. Pero mientras el tipo penal de este segundo párrafo sea lo terminante que es en su redacción actual y no establezca la justificante de manera expresa, resulta difícil fundamentar la eximente en el terreno del derecho positivo. Recordemos que este tipo está concebido con entera independencia de los derechos familiares legalmente establecidos por la legislación civil, a diferencia de lo que ocurre con el párrafo 1.º del mismo artículo.

Respecto al caso de que la mala conducta del necesitado de asistencia haya sido la causa de que se encuentre en tal situación de necesidad, cree CUELLO CALÓN, y yo con él, que ello no modifica la responsabilidad penal de aquel que le niegue tal asistencia, conforme ha quedado anteriormente indicado. Y ello es así a pesar de que el Código civil establece en el mismo artículo 152 y en su apartado 5.º que cesará la obligación de dar alimentos «cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos

(47) MANZINI: «Trattato», VII, pág. 764.

y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa». Siendo, pues, causas de pérdida del derecho alimenticio, tanto las señaladas en el apartado 4.º, como la establecida en el apartado 5.º del artículo 152 del Código civil, me parece que se incurre en contradicción al decir que el delito del párrafo 2.º del artículo 487 del Código penal queda excluido cuando concurran alguno de los motivos del apartado 4.º citado, y en cambio que no se excluye tal responsabilidad penal si la causa de dejar privado de asistencia al descendiente es la señalada en el apartado 5.º

La excepción fijada por el propio tipo penal respecto al caso de la desasistencia entre cónyuges y en el sentido de que no se incurrirá en la penalidad propia del mismo cuando estuvieren separados por culpa del cónyuge necesitado, viene a demostrar que cuando el legislador penal ha querido establecer justificantes lo ha hecho de manera expresa. Además, en esta última parte del párrafo 2.º se manifiesta el rigor con que ha sido concebida la figura típica, pues no basta para excluir la responsabilidad criminal el hecho de que concurra alguna de las causas que dan lugar al divorcio, sino que es preciso que los cónyuges se encuentren separados.

D) Otros caracteres de esta figura

Este delito, en los aspectos referentes a la acción, momento consumativo y culpabilidad, es coincidente con la modalidad definida en el primero de los párrafos del artículo, por lo cual ha de darse por repetido en este lugar lo que en páginas precedentes quedó escrito sobre tales extremos.

LAS MODALIDADES CONTRAVENCIONALES

La ley de 12 de marzo de 1942, por la que se estableció en nuestro sistema penal el delito de abandono de familia, señalaba en su artículo 2.º la nueva redacción de los apartados 5.º y 6.º del artículo 578 del Código penal, dedicando tales apartados a la definición del abandono de familia como mera falta.

El apartado 5.º quedó redactado en la siguiente forma: «El padre de familia que sin descuidar los deberes de asistencia impuestos por la ley

respecto de sus hijos no les procure la educación que sus facultades permitan». Es patente la contradicción que encerraba este enunciado, ya que el hecho de no procurar tal educación supone siempre cierto descuido de los deberes de asistencia impuestos por la ley.

El apartado 6.º decía: «Los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria».

Al procederse a la reforma del Código penal en el año 1944, se creyó preciso corregir la contradicción contenida en el 5.º de los citados apartados y al mismo tiempo ampliar la fórmula definidora del siguiente, y así el Código actualmente en vigor dice:

Apartado 5.º: «Los padres de familia que dejaren de cumplir los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio o su conducta desordenada, así como los que no procuraren a sus hijos la educación que su posición y medios permitan».

Apartado 6.º: «Los tutores o encargados de un menor de dieciséis años que desobedecieren los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria o dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior».

Refiriéndonos al apartado 5.º, vemos cómo actualmente la diferencia fundamental que separa el delito de la falta reside en el hecho de que la violación de los deberes de asistencia está provocada, en el primero, por abandono malicioso del domicilio o por conducta desordenada, mientras que en la segunda, existiendo también violación de tales deberes, ésta se produce sin dichas circunstancias. En cuanto al inciso que se refiere al hecho de no procurar la debida educación, ya quedó adelantado mi criterio al tratar del deber educativo en el estudio de la modalidad delictiva, en el sentido de considerar que lo que establece aquí la ley como falta es la vulneración del deber educativo cuando éste no es ocasionado por abandono de domicilio ni por conducta desordenada.

El apartado 6.º no origina dificultades interpretativas, toda vez que es patente su sentido en cuanto sanciona el hecho de la desobediencia a los preceptos sobre la instrucción primaria obligatoria y su segunda parte pone bien de manifiesto que la conducta constitutiva de la falta es la misma que integra el delito del párrafo 1.º del artículo 487, con la diferencia de que en la modalidad contravencional no ha de estar originado el incumplimiento de los deberes de asistencia por conducta desordenada del tutor, sin que la otra condición referente al abandono domiciliario pueda entrar en juego respecto a los tutores, puesto que éstos no tienen obligación legal de convivencia con el pupilo y, por tanto, mal puede existir tal abandono.

CONCLUSIONES

La consideración detenida de cuantos problemas han sido objeto de examen en las antecedentes páginas conduce a las siguientes conclusiones en orden al delito de abandono de familia:

Primera.—No constituye abuso de poder, sino, por el contrario, deber ineludible por parte del Estado, la intervención en la vida familiar cuando los desórdenes surgidos en el seno de la misma hayan llegado a tal extremo que resulten insuficientes las propias fuerzas vitales de la familia para llegar al restablecimiento del equilibrio perdido. Este deber se fundamenta en la necesidad de tutelar el orden social, cuya raíz se encuentra en el orden familiar.

Segunda.—La protección jurídica de la familia es materia que fundamentalmente incumbe al Derecho privado, teniendo el Derecho penal carácter sancionador, en el sentido de que únicamente ha de darse paso a la tutela por medios punitivos cuando la conmoción de la vida familiar sea tan profunda que con ella, no solamente resulten lesionados los derechos de que individualmente gozan los distintos miembros de la familia, sino que la misma socave los cimientos de este organismo, origen del Estado.

Tercera.—Por la propia índole del bien jurídico tutelado, los distintos tipos definidores de las conductas delictivas no pueden gozar de la concreción que siempre es deseable tratándose de preceptos de naturaleza penal.

Cuarta.—La necesaria amplitud en la redacción de los tipos de abandono de familia abre paso al arbitrio judicial. De la prudente interpretación del texto legal por parte de los Tribunales depende, en este delito como en ningún otro, la eficacia o fracaso del sistema. Más de una vez se han destacado, a través de las páginas que integran este modesto estudio, las funestas consecuencias que en el seno de las relaciones familiares originaría el ejercicio inmoderado de la función punitiva. No hay en todo el catálogo de hechos delictivos otra infracción cuyo contenido se halle tan en contacto con la Moral como este delito de abandono de familia. Que no sea nunca la pena el remedio que para sanar una simple erupción cutánea provoca la septicemia.

El abandono de familia se configura cuando el responsable de la familia, por voluntad propia, abandona a su familia, dejando a los miembros de la misma sin recursos económicos para su subsistencia.

El abandono de familia se configura cuando el responsable de la familia, por voluntad propia, abandona a su familia, dejando a los miembros de la misma sin recursos económicos para su subsistencia.

CONCLUSIONES

El abandono de familia es un delito que se configura cuando el responsable de la familia, por voluntad propia, abandona a su familia, dejando a los miembros de la misma sin recursos económicos para su subsistencia.

La configuración del delito de abandono de familia requiere, como se ha visto, la concurrencia de los siguientes elementos: 1.º El responsable de la familia. 2.º El abandono de familia. 3.º La voluntad propia. 4.º La falta de recursos económicos para la subsistencia de la familia. 5.º La falta de recursos económicos para la subsistencia de la familia.

En consecuencia, el abandono de familia es un delito que se configura cuando el responsable de la familia, por voluntad propia, abandona a su familia, dejando a los miembros de la misma sin recursos económicos para su subsistencia.

Por lo tanto, el abandono de familia es un delito que se configura cuando el responsable de la familia, por voluntad propia, abandona a su familia, dejando a los miembros de la misma sin recursos económicos para su subsistencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALOISI, U.: «La protezione penale della famiglia in Italia». *Rivista di Diritto Penitenziario*, año 1934, pág. 247.
- BACCARA: «Note sur l'abandon de famille». *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1937, pág. 299.
- BATAGLINI: «Il luogo di consumazione del delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare». *Rivista Penale*, parte II, año 1933, pág. 1.480.
- BICCI, N.: «Il concetto di «famiglia» e il delitto di cui allo art. 570 Cod. pen.». *Rivista di Diritto Penitenziario*, año 1936, pág. 139.
- CARNELUTTI: «Mancata prestazione sessuale del coniuge». En *Giurisprudenza italiana*, 1937, pág. 117.
- CASANOVA: «L'abandon de famille en Droit pénal français». Montpellier, 1931.
- CICU, A.: «Sui delitti contro lo stato di famiglia». *Rivista Italiana di Diritto Penale*, año 1934, pág. 149.
- CONTI, U.: «Abbandono di famiglia». *Annali di Diritto e Procedura Penale*, 1933, página 1.185.
- CONTI, U.: «Rapport a la V Conferencia para la unificación del Derecho Penal». En *Actas*, pág. 69.
- CUELLO CALÓN: «El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar». Barcelona, 1942.
- CHARPENTIER: «Rapport de la 1.^e section sur la création du délit d'abandon de famille». *Revue Pénitenciaire*, año 1914, pág. 600.
- ESCOBEDO, G.: «Il matrimonio canonico non trascritto e il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare». *Giustizia Penale*, 1934, parte 2.^a
- FLORIÁN: «Violazione degli obblighi di assistenza familiare da parte del genitore in confronto dei suoi figli naturali non riconosciuti o non riconoscibili». *Giustizia Penale*, parte 2.^a, 1940, col. 527.
- GRIECO: «Il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare». Milán, 1941.
- GUIDI: «Il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare». *Annali di Diritto e Procedura Penale*, 1935, pág. 378.
- HENRI: «L'abbandono di famiglia». *Rivista Penale*, parte II, año 1939, pág. 1.053.
- I. IONESCO-DOL: «Rapport presentado a la V Conferencia internacional para la unificación del Derecho penal». En *Actas de la Conferencia*. París, 1935, pág. 57.
- JACONO: «Esigibilità penale dell'obbligo sessuale tra coniuge?». *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1937, pág. 703.
- JÉMOLO: «Su una contrastata interpretazione dell'art. 570 cod. pen.». En *Giurisprudenza italiana*, 1937, pág. 209.
- LECRIVAIN: «La pratique du Parquet de la Seine en matière d'abandon de famille». *Rev. de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1937, pág. 584.

- LEONE, G.: «Violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Cod. pen.». Napoli, 1931.
- LEONE, G.: «In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare». *La Scuola Positiva*. Anno 1934.
- LORENZ: «Angriffe auf Ehe und Familie». *Das Kommende deutsche strafrecht*. Bes. Teil. Berlin, 1936, pág. 178.
- MAAS GEESTERANUS: «Rapport presentado a la V Conferencia internacional para la unificación del Derecho penal». En *Actas de la Conferencia*. París, 1935, página 76.
- MALINVERNI: «L'obbligo della assistenza nel diritto penale e nel diritto civile». *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1940, pág. 547.
- MANFREDINI: «L'assistenza familiare nel diritto penale». *La Scuola Positiva*. Año 1930.
- MANGINI: «Adulterio e violazione degli obblighi di assistenza familiare». *Annali di Diritto e proc. pen.*, 1934, pág. 483.
- MARC ANCEL: «L'abandon de famille et ses sanctions». *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1937, pág. 1.124.
- MARSICO, DE: «Il rifiuto dell coniuge alla comunione del talamo e l'art. 570 Cod. pen.». En *Foro italiano*, 1937, II, 267.
- MAURO, DE: «Il delitto di abbandono della famiglia». *Rivista Penale*, 1926, página 13.
- MAURO, DE: «L'infideltà dell coniuge e l'art. 570 cod. pen.». En *Riv. Pen.*, 1940, página 415.
- MILILLO: «In tema di violazione dell'obbligo di assistenza economica da parte di un discendente». *La Scuola Positiva*. Nuova Serie, anno XV, N. 7-8.
- PANULLO: «Il mancato amplesso coniugale costituisce il delitto di cui all'art. 570 Cod. pen.». En *Riv. di Dir. pen.*, 1937, pág. 986.
- PAOLI: «La prestazione sessuale ed gli altri obblighi di assistenza». En *Annali di diritto e proc. penale*, 1937, pág. 828.
- RAPPAPORT: «Abandon de famille a la lumière de la législation polonaise et étrangère». *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1937, pág. 1.115.
- RICCIARDELLI: «Violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Cod. pen.». *Rivista Penale*, 1931, pág. 290.
- SAILLARD: «L'abandon de famille». París, 1930.
- SALTELLI: «L'articolo 570 del Codice penale e il preteso obbligo penale della prestazione sessuale tra coniugi». *Annali di Procedura e Diritto Penale*, 1.^a, página 537.
- SANDULLI: «Amplesso coniugale ed obbligo di assistenza familiare». En *Giustizia penale*, 1937, II, 89.
- SINAPOLI: «Se il rifiuto apportato da un coniuge alla «communio thori» posa essere incriminato ai sensi dell'art. 570 cod. pen.». En *Il diritto ecclesiastico*, 1935, pág. 113.
- TISSIER: «Comunicación a la Société des Prisons». *Revue Penitentiaire et de Droit Pénal*, 1914, pág. 46.
- ZERBOGLIO: «Dinieggi coniugali, adulterio, concubinato e violazione degli obblighi di assistenza familiare». En *Rivista di Diritto Matrimoniale*, 1935, página 297.
- ZUCCARELLI: «Amori di degeneratto e ruina di famiglia». *Rivista di Diritto Penale*, 1912.

INDICE

	<u>Página</u>
PRELIMINAR.	9
EVOLUCION DEL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA.	13
EL DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA EN ESPAÑA.	17
PRIMERA FIGURA TÍPICA	19
A) <i>Incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio.</i>	19
a) Deberes inherentes a la patria potestad.	21
1.º Deber de alimentación	21
2.º Deber de tener a los hijos en su compañía.	21
3.º Deber de alimentación e instrucción.	22
4.º Deberes relativos a la administración y enajenación de bienes	23
5.º Deberes relativos a la corrección y castigo.	24
6.º Otros deberes	24
El sujeto activo y el pasivo en las modalidades expuestas.	24
b) Deberes inherentes a la tutela.	26
c) Deberes inherentes al matrimonio.	27
1.º Vida en común.	27
2.º Fidelidad	28
3.º Socorro mutuo	30
B) <i>La posibilidad de cumplimiento de los deberes de asistencia.</i>	35

	<u>Página</u>
C) <i>El abandono malicioso del domicilio familiar y la conducta desordenada, como condiciones del tipo genérico.</i>	36
a) Abandono malicioso del domicilio familiar.	36
b) Conducta desordenada.	38
D) <i>La culpabilidad</i>	39
E) <i>Momento consumativo del delito</i>	39
SEGUNDA FIGURA TÍPICA	41
A) <i>Naturaleza de la misma</i>	41
a) Distinto carácter de los alimentos como deber establecido por la ley civil y la obligación de prestar los medios indispensables para la subsistencia, directamente tutelada por la ley penal.	42
b) Diferenciación en cuanto a los sujetos del delito.	43
B) <i>Alcance de la expresión "asistencia indispensable para el sustento"</i>	44
C) <i>Condiciones referentes al sujeto pasivo.</i>	44
D) <i>Otros caracteres de esta figura.</i>	47
LAS MODALIDADES CONTRAVENCIONALES.	47
CONCLUSIONES.	49
BIBLIOGRAFIA	51

