

Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código penal (abandono de familia)

JOSE ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Prof. Ayudante de Derecho penal

SUMARIO.—I. Planteamiento del problema.—II. Examen de la doctrina.—
III. Postura de la Jurisprudencia.—IV. Toma de posición.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A la hora de determinar la conducta incriminada en el artículo 487 del Código penal, tipificador, como se sabe, del delito de abandono de familia, surge un problema previo para el que, cabalmente, pretendemos ofrecer una solución en este trabajo.

En efecto, existen dudas serias sobre si el mencionado precepto alberga uno o dos delitos. Hay quienes piensan que el delito previsto en aquél es único, si bien se configura en el párrafo IV del artículo 487, una modalidad agravada. Otros, en cambio, sostienen que la pretendida modalidad agravada constituye, en rigor, un delito distinto del anterior, por lo que, en consecuencia, nos encontramos con que en un mismo artículo se castigan dos infracciones diferentes.

Como se ve, el problema no es baladí y, por tanto, la resolución de esta incógnita es previa a la determinación de cuál sea el comportamiento realmente tipificado en el repetido precepto. Sin entrar en pormenores, aparece evidente, que la conducta típica del párrafo del precitado artículo 487 —cuya interpretación origina la duda de que ahora tratamos— será distinta según se sostenga que es mera modalidad agravada del párrafo I, en cuyo caso, los elementos existenciales fundamentales de éste serán los mismos que los de aquél, o se afirme, constituye delito independiente y distinto del primero, en cuyo supuesto, no existirá semejante coincidencia.

Veamos la cuestión con más detenimiento.

El tantas veces citado artículo 487, en sus tres primeros párrafos, modela, de esta manera, la primera infracción o la infracción base, según se acepte una u otra postura:

«Será castigado... 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.»

Por su parte, el párrafo siguiente, IV, perfila la segunda infracción, o la modalidad agravada, como se prefiera, con estas palabras:

«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...».

Sin entrar, ahora, en precisiones que se harán más adelante, se manifiesta, con sólo leer el precepto transcrito con algún detenimiento que la decisión que se tome en la disputa aludida es determinante de lo que se entienda por comportamiento incriminado en cada caso.

Efectivamente. Examinemos, en primer lugar, la tesis unitaria. Para los partidarios de esta interpretación, la realización de la conducta penada en el párrafo IV exige, no sólo el cumplimiento de lo que en el mismo se prevé, sino además, que concurren los elementos definitorios del párrafo I, habida cuenta de que el párrafo IV no tiene, explícita, autonomía propia, sino que presupone la realización de la conducta prevista en el primer párrafo —delito básico— a la que se añaden las circunstancias prevenidas en el IV.

Así, no basta con que el culpable deje de prestar la asistencia indispensable para el sustento a cualquiera de las personas protegidas en el tan aludido párrafo, sino que, además, es preciso que el susodicho culpable esté vinculado por el complejo de deberes que llevan consigo cualesquiera de las tres instituciones mencionadas en el primer párrafo —patria potestad, tutela o matrimonio— y, asimismo, que esa dejación de asistencia sea cometida, precisamente, mediante una de las modalidades comisivas —o mediante ambas— previstas respectivamente, en los párrafos II y III del artículo 487.

Según esta interpretación, por ejemplo, el padre natural que privara de toda asistencia a su hijo natural no reconocido, menor o incapacitado para trabajar, nunca podría ser castigado conforme al precepto que estudiamos, toda vez que, al no mediar reconocimiento de su paternidad, no adquiere la patria potestad del menor, por lo que el párrafo I no podría aplicarse, porque semejante conducta es atípica, y el párrafo IV tampoco, por cuanto, para estos autores, no basta con la inasistencia total, sino que es preciso además, según advertíamos, el cumplimiento del típico básico.

De igual modo, tampoco se podría castigar, de acuerdo con la teoría unitaria, al marido que privara totalmente de asistencia a su mujer que se hallare necesitada, pero por causas distintas a las previstas en los párrafos II y III —abandono del hogar y con-

ducta desordenada— por idénticas razones a las que acabamos de aducir: el párrafo IV, sólo se puede aplicar cuando el culpable produce ese desvalimiento total del sujeto protegido, precisamente, mediante una de las dos modalidades previstas para el delito básico, el cual, repetimos, siempre ha de realizarse para que haya castigo en base a este artículo.

Veamos, ahora, la tesis dualista:

Según esta segunda interpretación, el párrafo IV del artículo 487 del Código penal tipifica una conducta distinta e independiente de la incriminada en el párrafo I del referido precepto. En consecuencia, el tipo se cumple con sólo realizar el comportamiento previsto en el susodicho párrafo IV, sin que sea preciso, de ninguna manera, la concurrencia de las circunstancias, situaciones o modalidades dinámicas que se exigen en el primer párrafo, ya que tales elementos lo son de un delito que es distinto al que se castiga en el tantas veces repetido párrafo cuarto.

La consecuencia práctica de esta segunda interpretación es evidente: La persona que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a alguno de los parientes mencionados en el texto legal, independientemente de que sea o no persona obligada por razón de la patria potestad, tutela o matrimonio, y con abstracción, también, de si la inasistencia es o no efecto del abandono del domicilio familiar o de su conducta desordenada será castigada como reo del delito de abandono de familia.

Volviendo a los ejemplos con que ilustramos la tesis anterior resulta que el padre natural que observa respecto de su hijo la censurable conducta a que aludimos, a pesar de no estar vinculado por razón de patria potestad, será perfectamente castigable, conforme al párrafo IV, toda vez que concurren los dos únicos requisitos que el citado precepto impone: inasistencia, hasta extremo tan grave, y el ser la víctima descendiente del que omite el deber de socorro.

De igual forma, no habría problema en reprimir penalmente la conducta del marido que deja totalmente inasistida a su mujer, mediante otros medios o modos distintos a los prevenidos en los párrafos II y III del tan aludido artículo.

II. EXAMEN DE LA DOCTRINA

Como se ha podido comprobar, la cuestión de que tratamos no es puramente académica o teórica, sino que tiene superlativa trascendencia práctica. Vamos a recorrer en este apartado las principales opiniones que en la doctrina española e italiana se mantienen sobre la misma.

Refirámonos, primeramente, a la tesis unitaria:

En la doctrina española, esta postura es la mayoritaria. En el artículo 487 se prevé un solo delito de abandono de familia, si bien en éste hay que distinguir un tipo básico y otro agravado.

Fundamentalmente, los argumentos utilizados para defender esta interpretación son:

— El precepto del mencionado artículo constituye una Ley penal en blanco, trata de proteger, con la fuerza de la represión criminal, una serie de deberes de índole civil, impuestos por el Derecho Privado. Por tanto, el artículo en cuestión no puede ser entendido sin remisión a la ley civil. Tal remisión es manifiesta en el párrafo I, en cuanto, con absoluta claridad, se señalan, como objeto de la tutela jurídico-penal, los deberes legales inherentes a la patria potestad, a la tutela o al matrimonio y, claro es, para concretar cuáles son esos deberes, hay que estar a la enumeración que de los mismos ofrece, fundamentalmente, el Código civil.

Pues bien, puestos a la tarea de interpretar el párrafo IV, no se puede olvidar que continúa vigente la remisión a la ley civil. También en el párrafo tan discutido se trata de tutelar los deberes establecidos por una de las tres instituciones mencionadas en el primero, lo que vale tanto como exigir que la realización de este segundo párrafo exige la previa realización del primero.

Si no se acepta esta interpretación, tendríamos que afirmar que el párrafo cuarto se halla desvinculado de la ley civil, que no es precepto penal en blanco, sino que él mismo determina el objeto de la protección criminal y él mismo indica los sujetos de la misma. No habría, por ende, remisión a la normativa civil. Y esta solución no convence a los partidarios de la tesis que ahora exponemos. ¿Cómo se explica que en el párrafo primero haya remisión a la ley civil y en el cuarto no? ¿Por qué ha de ser el párrafo I, norma en blanco, siendo necesario que se rellene con las disposiciones de otro sector del ordenamiento y, en cambio, el párrafo IV ha de ser precepto enteramente autónomo e independiente? ¿Cómo se explica tan distinto tratamiento?

Es afirmación indiscutible que el delito de abandono de familia está pensado, precisamente, para amparar esta institución. Ahora bien, por familia, cuando nos movemos en el campo jurídico, hay que entender, necesariamente, aquello que por tal se tiene en el «*Ius Positum*». ¿Y qué se entiende por «proteger la familia» cuando del delito estudiado se habla? Pues la antedicha expresión es sinónima a «proteger los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio» y nada más. Si pues, por familia esto se entiende en el primer párrafo, lo mismo se ha de entender en el cuarto, desde el momento que tanto uno como otro van orientados al mismo fin: amparo de la familia.

No podemos aceptar un concepto de familia en un caso y otro —más amplio— en el segundo. Un concepto «civil» de familia en el primero, y otro «penal» en el segundo. Eso sería incongruente y contradictorio.

— El segundo argumento que se maneja, en pro de la tesis unitaria, es de índole formal: si se querían construir dos delitos diferentes, ¿por qué no se los ubicó en artículos distintos, como es la regla general y no en uno solo? Según la redacción actual,

afirman los defensores de la postura que explicamos, aparece un claro engarce entre el primero y el cuarto párrafo que no arguye precisamente independencia, sino todo lo contrario.

Y todavía, en este mismo sentido, podría esgrimirse otro argumento gramatical —aunque a la verdad, no lo hemos visto utilizado por ninguno de los autores a que ahora nos referimos—: el propio texto legal en su párrafo VI habla, en singular, del «delito previsto en este artículo», lo que parece confirmar la tesis unitaria.

Citemos ahora algunos de los representantes de dicha tendencia.

Rodríguez Devesa se manifiesta partidario de la teoría del tipo cualificado y por ello afirma que el sujeto activo de este delito tiene que ser siempre quien ostente la patria potestad, la tutela o el matrimonio y que han de concurrir, bien un abandono malicioso o una conducta desordenada, pero él mismo reconoce «el problema es particularmente agudo respecto a los ascendientes y solucionable únicamente si se admite que tan sólo aquellos ascendientes sujetos a la tutela de uno de sus descendientes están comprendidos aquí» (se refiere, naturalmente, a los ascendientes aludidos: en el párrafo IV) (1).

Quintano Ripollés, por su parte, afirma: «Nos parece más razonable la primera de las opiniones anteriores expuestas (sea la de que el párrafo IV es mera agravación del párrafo I). No se comprende bien cómo la ley civil puede ser la norma en unos casos y no en otros para la ley penal... Por el hecho de que el Código penal hable, no de alimentos, sino de lo «indispensable para el sustento» no se puede deducir que sean dos cosas distintas totalmente, sino que aquí se matiza aquella parte de alimentos en su sentido estricto del sustento necesario para la vida... Independientemente de la remisión o no a la ley civil, existe, en nuestro entender, una imposibilidad jurídica de catalogar como obligación independiente la de proporcionar lo necesario para el sustento, salvo en los casos de separación familiar decretada por el Juez, y ello por la naturaleza jurídica misma del derecho de alimentos» (2).

En idéntico sentido, Puig Peña (3), Barredo de Valenzuela (4), Antón Oneca y Rodríguez Muñoz (5), Beltrán de Heredia (6) y Muñoz Conde (6 bis).

(1) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid 1969, pág. 309.

(2) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*. Vol. II. Madrid 1963, pág. 399.

(3) F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona 1950, pág. 399.

(4) BARREDO DE VALENZUELA, *Rev. General Legislación y Jurisprudencia*, 1942, pág. 378.

(5) ANTÓN ONECA y RDZ. MUÑOZ, *Derecho Penal Español*, II, pág. 338. Madrid 1949.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA, *Aspecto civil y penal del abandono familiar*, en «Rev. de Derecho Privado», 1955, Tomo I, pág. 36.

(6 bis) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a edición, Sevilla 1976, pág. 375.

En la doctrina italiana, al contrario de lo que hemos indicado sucede en la española, esta postura es minoritaria, pudiéndose citar entre sus seguidores a Maggiore (7) y a Pisapia (8).

Pasemos revista, a continuación, a los defensores principales de la tesis dualista.

He aquí los argumentos utilizados para sostener esta segunda interpretación:

Ante todo, estos autores ponen de manifiesto cómo existe diversidad de sujetos pasivos entre el párrafo I y el párrafo IV. En efecto, con simple lectura de los mencionados textos, se observa que los sujetos protegidos en el párrafo IV son más numerosos que los del I, por lo que ven en este primer dato, un punto de apoyo para su interpretación.

— En segundo lugar, maneja otro importante argumento gramatical: en el párrafo I se habla de los «deberes inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio», mientras que en el que es objeto de comparación tan sólo se menciona «la asistencia indispensable para el sustento». Ello quiere significar, en el sentir de los expositores que ahora nos interesan, que mientras en el primer delito se tutelan lo que en terminología civilista se conoce con el nombre de «alimentos» —concepto que abarca, como se sabe, tanto los deberes materiales como los morales de educación e instrucción—, en el segundo únicamente se amparan los de índole económica o material, a los que se refiere la ley penal con el nombre de «asistencia indispensable para el sustento». Se rompe así la concatenación de ambos párrafos, pues si bien en el primero existe remisión a la ley civil —para precisar el concepto de alimentos— en el segundo no hay tal remisión, ya que el nuevo concepto utilizado es propio de la ley penal y no exige para su interpretación acudir al Derecho Privado, sino que basta con que sea interpretado según lo que gramaticalmente quiere decir asistencia indispensable para el sustento.

En resumidas cuentas, este argumento se basa en la distinción entre alimentos y asistencia indispensable.

— Por último, también se esgrime un tercer argumento basado en la ratio del artículo 487. Este precepto intenta proteger, como sabemos, a determinadas personas más o menos ligadas por lazos de parentesco con otras, contra la inasistencia deliberadamente producida por estas últimas.

Pues bien, sería absurdo que se castigaran los supuestos menos graves de inasistencia, por ejemplo, cuando ésta se refiere sólo al aspecto espiritual o moral, y en cambio se dejaran impunes los más graves, verbigratia, cuando se desatienden, en absoluto, las prestaciones materiales en el caso del padre que no asiste a su

(7) G. MAGGIORE, *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. IV. Traducción del P. José y Ortega Torres. Bogotá 1955, pág. 224-225.

(8) G. DOMENICO PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*. Torino 1953, páginas 678-671.

hijo, legítimo o no, sin concurrir ninguna de las causas prevenidas en los párrafos II y III del mentado artículo 487, hipótesis esta, posible, y que según la tesis unitaria había de resultar impune.

Pues bien, dentro de este segundo grupo, hemos de citar, en la doctrina española, a Cuello Calón, Ferrer Sama y María Rosario Diego.

Afirma el profesor Cuello Calón «el párrafo I castiga el abandono moral y económico; el párrafo II sólo el económico; los sujetos de ambas infracciones son diferentes; los elementos diversos; las penas también distintas» (9).

En igual sentido se expresa María del Rosario Diego: «A nuestro modo de ver, resulta claro cómo comete este delito el que conviviendo con su familia y observando conducta normal externa, no alimenta a los miembros necesitados que menciona «expresamente» nuestro Legislador en el artículo 487. Se trata del incumplimiento de un deber específico de carácter iminente material a diferencia de la primera modalidad que, como hemos visto abarca deberes de tipo moral (10).

Conviene resaltar que, precisamente, los únicos autores que se han ocupado del abandono de familia con detenimiento, dedicando al tema sendas monografías, se manifiestan partidarios, a ultranza, de la tesis dualista. En efecto, Cuello Calón, trató el delito que estudiamos en conocido trabajo publicado en la temprana fecha de 1942, al poco de promulgarse la Ley del 42 introductora como es sabido, del delito en cuestión.

También Ferrer Sama abordó la cuestión en fecha pronta —1946—, en Murcia, publicándose, posteriormente, el trabajo en la Enciclopedia de Estudios Jurídicos, año 1950. Al igual que Cuello, se declara defensor, sin ambages, de la postura a la que ahora nos referimos.

Por último, recientemente María del Rosario Diego, si bien no estudia el abandono de familia con exclusividad, sí lo hace con mayor atención que los tratadistas generales, pues, lógicamente, es tema obligado en su libro «Delitos contra la Familia», publicado en Madrid, 1973, y al que ya nos hemos referido en varias ocasiones. También esta autora se alinea, como hemos advertido en el grupo de referencia.

Desde luego, no deja de llamar la atención el hecho de que, quienes —por razones evidentes— han dedicado mayor tiempo a la reflexión sobre el debatido problema, se manifiestan —con rara unanimidad— defensores de la interpretación autónoma e independiente del párrafo IV, al paso que los representantes de la tesis opuesta son todos autores que incluyen sus opiniones sobre el tema en tratados generales de la Parte Especial del Derecho penal.

(9) CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*. Barcelona 1948, página 35.

(10) M.^a DEL ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Delitos contra la familia*. Madrid 1973, pág. 341.

Por lo que hace a la doctrina italiana, y según ya hemos indicado, la opinión mayoritaria se inclina también por esta segunda postura que estamos examinando.

Así nos dice Antolisei: «De acuerdo con la teoría dominante, sostenemos que se trata de tres delitos distintos, habida cuenta de que ni la segunda ni la tercera hipótesis, pueden considerarse mera modalidad de la primera, en cuanto que, por la diversidad de sujetos a que se refieren no se encuentran respecto de la primera en relación de especialidad. De aquí se sigue —por aplicación de los principios generales— la posibilidad de un concurso de delitos cuando se realicen más de una de estas hipótesis (11).

También Manzini es de esta opinión, al distinguir en el artículo 570 del Código de su país, tres delitos distintos (12): a) inobservancia de las obligaciones de asistencia familiar por causa de abandono doméstico u otra conducta contraria al orden o a la moral de la familia; b) malversación y dilapidación de los bienes del hijo menor, del pupilo o del cónyuge; c) falta de suministro de las medidas de subsistencia a los descendientes menores o inhabilitados para el trabajo, a los ascendientes o al cónyuge (13).

Finalmente, podemos señalar como partidarios de la tesis expuesta, dentro también de la doctrina italiana a Vannini (14) y a Santoro (15).

III. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA

¿Cuál es la postura de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la polémica de que nos estamos haciendo eco?

Se puede afirmar, rotundamente, que nuestra Jurisprudencia sigue la teoría unitaria y considera el párrafo IV del artículo 487 como mera modalidad agravada del delito base contenido en el párrafo I, negando a aquél independencia o sustantividad propias.

Esta es la doctrina sentada en la trascendental Sentencia de 18 de julio de 1945 (A. núm. 916) que abrió el camino para la interpretación del párrafo IV en el sentido referido, camino que luego ha sido continuado por múltiples sentencias. Así leemos en uno de sus Considerandos: «... constituyendo, a su vez, la infracción que previene el párrafo II (sc al que nosotros denominamos párrafo IV) de dicho artículo, no una forma diferente de abandono de familia, con propia individualidad penal, sino una especial agravación que

(11) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I. Milano 1972, pág. 360.

(12) Los autores italianos hablan de tres delitos y no de dos, porque en su Código existe una previsión que falta en el nuestro: la malversación o dilapidación de los bienes de las personas protegidas.

(13) MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Vol. VII. Torino 1963, pág. 848.

(14) VANNINI, *Manuale di Diritto Penale*. Vol. II, pág. 202.

(15) A. SANTORO, *Manuale di Diritto Penale*, IV. Torino 1966, pág. 275.

modifica los casos previstos en el párrafo I de la misma disposición, de tal manera que para sancionar al culpable en este supuesto es preciso como elemento fundamental o requisito previo, la concurrencia por parte del culpable del abandono malicioso del domicilio familiar, o que su conducta sea desordenada» En verdad mayor claridad no se puede pedir.

En igual sentido otras muchas Resoluciones, de las que sólo citaremos, por vía de ejemplos: S. 19 de febrero de 1947 (A. 272); S. 31 de octubre de 1968 (A. 4490); S. 10 de diciembre de 1968 (A 5286); S. 3 de abril de 1971 (A. 1716).

IV. TOMA DE POSICION

Una vez que hemos planteado el tema, recorrido las principales opiniones doctrinales, y examinado la postura de la Jurisprudencia, es llegado el momento de manifestar nuestra posición en la polémica.

Decididamente, nos inclinamos por la teoría dualista. En el artículo 487 se tipifican dos delitos independientes el uno del otro. El prevenido, pues, en el párrafo IV del referido artículo tiene sustantividad e individualidad propias, si bien, es claro, obedece a igual designio legislativo.

Trataremos de justificar nuestra posición.

— En primer lugar, tenemos el argumento, al que ya hemos hecho somera referencia, de la diversidad de sujetos de los párrafos I y IV. Veámoslo ahora, con más detenimiento.

En el párrafo I se nos presenta como sujetos protegidos: a) los hijos sometidos a la patria potestad; b) los incapaces sujetos a tutela; c) el cónyuge.

En el párrafo IV se amparan a las siguientes personas: a) descendientes menores o incapaces para el trabajo; b) ascendientes, en todo caso; c) el cónyuge no separado por su propia culpa.

Pues bien, ¿existe coincidencia total entre ambas enumeraciones? Evidentemente no. En el primer apartado ya comienza la diversidad, pues es manifiesto que la expresión «descendientes», es mucho más amplia que la rúbrica «hijos sometidos a patria potestad». Sin entrar en detalles, resulta claro que los hijos ilegítimos, ya sean ilegítimos en sentido estricto o naturales no reconocidos, no están sujetos a la patria potestad de quien les ha dado el ser, pero de lo que no cabe duda es de que son descendientes suyos y entran, por ende, en el ámbito de sujetos protegidos por el párrafo IV. ¿O es que vamos a excluir a los hijos ilegítimos de la tutela que depara el consabido precepto? Ciertamente no acertamos a adivinar cuál sea el fundamento para no incluir en la expresión legal «descendientes» a los hijos que no han sido habidos en matrimonio legal. Si la Ley no distingue —con suma justicia— a la hora de intentar garantizar la asistencia indispensable a los descendientes, ¿por qué vamos a distinguir nosotros, imponiendo

una interpretación restrictiva que reduce el radio de acción protector del precepto, en perjuicio de unas personas cuyo status jurídico se tiende actualmente —por razones incontestables— a que no resulte diferente por razón de su origen? Dicha interpretación sólo podría sostenerse si el precepto en cuestión —párrafo IV— estuviera limitado a amparar las relaciones de familia legítima, como sucede con el párrafo I, pero resulta que mientras el texto legal últimamente citado, «*expressis verbis*», se refiere tan solo a aquellas, en cambio, el párrafo cuestionado, en absoluto contiene una sola palabra que permita defender tal limitación; antes bien acontece lo contrario, como lo demuestra la terminología empleada «*descendientes, ascendientes*», palabras que, en el Código penal, nunca se interpretan como sinónimos de descendientes legítimos o ascendientes legítimos (cfr. artículos 405, 423 bis g, etc.) sino antes bien, en su sentido más amplio:

El error de la doctrina dominante consiste, en nuestra modesta opinión, en creer ver algún nexo entre el párrafo IV y el I, en virtud del cual el texto del precepto primeramente citado ha de interpretarse necesariamente en función del segundo, por lo que a la hora de determinar conceptos, como ascendientes, descendientes, asistencia indispensable —los cuales por lo visto, no contienen en sí mismos la clave para su exacta fijación— ha de traerse a colación el texto del considerado por ellos precepto-base. Pero, ¿por qué de un párrafo hay que remitirse a otro, cuando sin esa operación, el primero es susceptible del perfecto entendimiento?

Es cierto que, en ciertas ocasiones, por razones de economía legislativa existen este tipo de remisiones. Pero en tales ocasiones, la necesidad de la remisión no ofrece dudas, bien porque el legislador, expresamente, la impone, bien porque el texto subsidiario es del todo ininteligible sin aquella operación. Ninguna de estas dos circunstancias concurre en el artículo que estudiamos. Entonces, ¿por qué presumir que sucede lo que es excepcional?, ¿no es más lógico pensar en lo ordinario? Lo excepcional, sin duda, es la remisión a otro párrafo. Lo ordinario es que cada párrafo exprese por sí solo una idea, tenga su propio significado, sin necesidad de acudir a otros párrafos distintos. Han de existir razones poderosas para que lo excepcional se imponga. Aquí no creemos verlas.

Esto, por lo que se refiere a los descendientes. ¿Y qué ocurre con los ascendientes? Volvemos a notar otra diferencia entre los sujetos protegidos en ambos párrafos. De los ascendientes no se habla en el párrafo I. Siguiendo la tesis unitaria, ¿a qué personas se refiere el precepto discutido cuando habla de ascendientes? Si seguimos aferrados a la idea de la remisión, hemos de concluir, necesariamente, que tan sólo aquellos ascendientes sujetos a tutela merecen la protección legal. ¿Es aceptable esta interpretación? Como hemos indicado, el propio Rodríguez Devesa, defensor de la doctrina unitaria, vislumbra este problema cuando afirma: «el

problema es particularmente agudo respecto a los ascendientes, y solucionable únicamente si se admite que tan sólo aquellos ascendientes sujetos a la tutela de uno de sus descendientes están comprendidos aquí (16).

Por supuesto que, conforme a la postura que él mantiene, la única solución es la que propone, pero, en cambio, la tesis dualista que preconizamos, no se encuentra con este problema, sino que, sin limitaciones que contradicen la ratio legis del precepto, concede protección penal a todo ascendiente por el mero hecho de serlo. Las normas jurídicas se promulgan para ser aplicadas y no por puro placer creador. ¿Qué posibilidades de aplicación tendría el texto legal que nos ocupa, si lo restringimos a los ascendientes sujetos a tutela de sus descendientes? Prácticamente ninguna. En la vida real, ¿cuántos ascendientes están sometidos a la tutela de algún descendiente suyo? He aquí un argumento que creemos ciertamente poderoso para apoyar nuestra interpretación del párrafo IV.

— Examinemos ahora, el segundo argumento en pro de la tesis dualista. El párrafo objeto de la polémica de la que nos estamos haciendo eco, habla de «asistencia indispensable para el sustento», mientras que el párrafo I menciona «los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio». Estamos ante otro importante dato para sostener la independencia o desvinculación de ambos preceptos. Si hablan de cosas distintas, ¿por qué empeñarse en que se refieren a lo mismo?

El delito del párrafo I, tutela la obligación civil de alimentos: «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia. Los alimentos comprenden también, la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad». En términos generales y sin matizaciones que no son oportunas en este momento, éstas son las fundamentales obligaciones a que se refiere el Código, cuando habla de los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio. Así, pues, se comprenden tanto las prestaciones de orden material o económico como las de índole espiritual o moral.

En cambio, el delito del siguiente párrafo se limita exclusivamente a amparar las prestaciones de orden material y no en toda su extensión posible —según la posición social de la familia— sino únicamente en la medida necesaria para el sustento de la persona protegida. El propio Código civil no es ajeno a esta obligación mínima de asistencia, a la que se conoce con la expresión de «alimentos naturales» para distinguirlos de los anteriores que se denominan «alimentos civiles». En efecto, en el artículo 143 del expresado Cuerpo Legal se los conceptúa como «los auxilios necesarios para la subsistencia».

El objeto de la protección penal, pues, es diferente en ambos:

(16) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 309.

párrafos. Semejantes afirmaciones ni siquiera tienen que significar que mientras en el párrafo I estaríamos en presencia de una remisión de la Ley Civil —evidente—, en el II no existiría tal remisión, al utilizar el párrafo cuarto un concepto exclusivamente penal —asistencia indispensable—. Si así fuera resultaría clara falta de paralelismo y de sintonía en un artículo que busca un solo fin: la tutela de la familia. Recordemos que ésta era la objeción de Quintanao, ¿cómo vamos a admitir la remisión a la Ley Civil en el primer párrafo y a negarla en el segundo?

Decimos que ni siquiera existe esta falta de sintonía. Tanto en uno como en otro precepto existe remisión al Derecho Privado. Tanto uno como otro constituyen leyes penales en blanco. No hay distinto tratamiento ni incongruencia, porque no es que en el primer párrafo se juegue con un concepto civil de familia y en el segundo con uno penal, sino que en ambos el concepto es puramente civil, como no podía ser de otra manera. ¿De dónde se obtiene el fundamento para inferir que «proteger la familia» quiere decir «proteger los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio»? ¿Con qué base hemos de entender por familia, en el caso que nos ocupa, «relaciones familiares legítimas»? ¿Es que acaso el Derecho civil —al que es preciso remitirse, como los autores de la tendencia combatida enseñan— limita el concepto de familia a la familia legítima? No, por cierto. Claro que hay remisión, en ambos preceptos, a la Ley civil, al concepto civil de familia, pero entendiéndola en el sentido amplio en que la entiende el Derecho privado. Y no son necesarias especiales indagaciones para afirmar que las relaciones familiares ilegítimas son tenidas en cuenta por el Derecho civil; son protegidas y caben, perfectamente, dentro de un concepto amplio de familia. Pueden leerse, simplemente, algunos artículos del Código civil (arts. 139, 143, 845, etc.) para convencerse de este aserto.

En conclusión, existe perfecto paralelismo y congruencia entre los párrafos I y IV del artículo 487, en cuanto ambos constituyen leyes penales en blanco a rellenar por las normas del Derecho civil, y ambos buscan el mismo objetivo y se asientan sobre el mismo concepto civil de familia. Simplemente que mientras el primero abarca tanto la asistencia material como la moral, el segundo se limita a la primera. Si pues el ámbito de protección es distinto, he aquí otro argumento poderoso en favor de la independencia e individualidad propia de cada párrafo.

Tenemos una Sentencia de la Sala II (de 27 de octubre de 1969, A. núm. 5186) en la que, claramente, se admite que el párrafo IV sólo se refiere a la asistencia material, a la prestación económica que se debe a los sujetos protegidos. En efecto, leemos en uno de sus Considerandos: «... y como en la sentencia recurrida no se expresa que el procesado dispusiera de medios económicos para prestar el imprescindible socorro legal y se afirmara en el encabezamiento y en la parte dispositiva su insolvencia, es visto que no

le debió ser aplicada la meritada agravante (sc. al párrafo IV, considerado, como sabemos, como simple agravación del párrafo I) sin infringir el Tribunal el señalado párrafo II (sc. el párrafo IV) del número 2.º del artículo 487». En base a este razonamiento se castiga al procesado por el párrafo I pero no por el párrafo IV como había hecho el Tribunal de Instancia. Según este criterio, el insolvente nunca incurriría en el precepto del párrafo IV. No nos interesa entrar ahora a discutir si el criterio es o no acertado —pensamos que no—, lo que interesa es poner de relieve cómo se interpreta el susodicho parágrafo en relación únicamente al aspecto material de la obligación de asistencia, conforme a la postura que aquí se mantiene. Sin embargo, a lo que el Tribunal Supremo no llega es a sacar la última conclusión, que nosotros sacamos, de esta diversidad en el objeto de protección, a saber, si, entre otros datos, el objeto de tutela es distinto en ambos párrafos, es que se trate de delitos distintos e independientes.

—Nos vamos a detener, en este momento, en un tercer argumento que también nos parece de peso a la hora de defender nuestra postura.

Nos referimos al basado en el propósito legislativo que anima a la tipificación de estas conductas insolidarias y en el bien jurídico protegido en estos delitos.

Puede afirmarse que la seguridad de ciertas personas contra determinados riesgos constituye el interés jurídicamente protegido en el artículo 487, ámbito de seguridad, o si se prefiere, determinación de los riesgos que ayuda a perfilar el propósito legislativo: se les intenta asegurar la prestación de cierta asistencia a la que tienen derecho por hallarse especialmente vinculados por lazos de parentesco con las personas obligadas en virtud de aquel derecho.

Parece lógico pensar, sentado lo anterior, que el precepto en cuestión debe interpretarse en la forma más en consonancia posible con la ratio del mismo expresada, de la manera que proporcione mayor seguridad al mayor número de personas siempre que entre ellas medien los referidos lazos familiares —familiares en sentido amplio, y no en sentido de familia legítima, según ya hemos expuesto.

Pues bien, utilizando la doctrina unitaria se dejan impunes, precisamente, los casos más graves de inasistencia.

Vamos a examinar algunos ejemplos, pero no inventados, porque como la doctrina oficial del Tribunal Supremo es aquella, se han presentado casos siempre reales, realmente graves, en los que la Sala II, revocando siempre sentencias condenatorias de las Audiencias, ha absuelto.

Supuesto de hecho de la S. de 18 de julio de 1975, A. núm. 916: el niño de ocho años, T, vivía en compañía de su padre, el procesado M, casado en segundas nupcias con la procesada L, y era víctima del mayor abandono, puesto que dejaban de prestarle la

asistencia indispensable para el sustento, mientras que los demás hijos, los comunes de ambos, estaban perfectamente alimentados.

La Audiencia condena por el último párrafo, «la modalidad agravada». El Tribunal Supremo casa la Sentencia y absuelve. No podía hacer otra cosa, conforme a la tesis unitaria que, como se recuerda, exige la concurrencia —junto a la inasistencia total— del abandono del hogar o de la conducta desordenada. La inasistencia por sí sola no es delito, porque el párrafo IV no goza de individualidad propia, es preciso que se de algunas de las circunstancias prevenidas en el párrafo I. Como en el caso de autos, el padre no ha abandonado su casa ni ha observado conducta desordenada (17). ya puede dejar morir de hambre al pequeño, que no incurre en delito de abandono de familia. La misma lógica se rebela; pero, ¿cabe pensar en mayor abandono de familia —con la agravante de poseer medios económicos tan suficientes como se quiera— que en el del padre —y padre legítimo, aunque esta circunstancia es lo de menos— que por puro capricho, incurría, desafecto o, en fin, cualquier otra causa, de las muchas que se pueden imaginar, deje a su hijo menor en situación de absoluto desvalimiento, por mucho que no huya del hogar, ni observe conducta desarreglada? Parece que no.

Otro caso: el de la Sentencia de 19 de febrero de 1947, A. número 272. El procesado, en estado de soltería, tiene un hijo con otra soltera. No presta auxilio alguno al hijo, a pesar de ser hecho confirmado —en vía penal— su filiación.

La Audiencia —el Tribunal que «toca» más de cerca el problema real— condena por el referido párrafo. El Tribunal Supremo, casa y absuelve, «ya que el supuesto desamparo económico... no es en sí mismo delictivo, sino que para serlo ha de tener por causa el abandono malicioso del hogar o la conducta desordenada del culpable...».

No es necesario repetir aquí las mismas consideraciones anteriores. Los hechos son suficientemente explícitos.

Un último supuesto: el de la Sentencia de 31 de octubre de 1968 A. núm. 4490. El procesado a causa de frecuentes altercados y escenas de violencia sostenidas con su mujer, abandonó el domicilio conyugal sin que después haya vuelto, ni a ver a sus hijos de corta edad, ni a preocuparse por ellos. Aquí hay abandono, pero se estima que es justificado por las especiales circunstancias concurrentes —altercados, escenas de violencia—. Según la jurisprudencia cuando hay justas causas para el abandono, éste no es malicioso, por lo que no se cumple el tipo legal. Dejemos, ahora, el problema de si malicioso quiere decir injustificado o si la posible justificación respecto de la mujer ha de extenderse también a los

(17) Adviértase que mantener al niño en esa situación tan penosa constituye, sin duda, un desorden, pero la ley exige que el desorden sea la causa —y no el resultado— de la inasistencia—. De lo contrario estaríamos utilizando la misma conducta desordenada como causa y como efecto.

hijos. Lo que importa en estos momentos es que cuando el Tribunal estima que el abandono es justificado, nos encontramos otra vez con el problema: los hijos menores vuelven a quedar completamente desamparados por la Ley penal. En efecto, la Sala II del Tribunal Supremo, revocando una vez más la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial, absuelve al procesado.

Ante los casos referidos nos preguntamos de nuevo, ¿es la interpretación unitaria del artículo 487, defendido por la doctrina dominante y por nuestra Jurisprudencia, la que más se acomoda al espíritu del precepto? Creemos que no. Siquiera sea por razones de justicia material debe acogerse la interpretación que propugnamos.

Resumiendo, pues, hemos utilizado en pro de nuestra postura, los anteriores tres argumentos:

a) El de la diversidad de sujetos protegidos en los párrafos I y IV respectivamente.

b) El distinto contenido de la protección deparada en ambos párrafos, a saber: «deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio» (párrafo I), y «asistencia indispensable para el sustento» (párrafo IV).

c) Propósito legislativo que anima la redacción de todo el artículo.

Pues bien, frente a los argumentos —en nuestro sentir, ciertamente convincentes— que acabamos de esgrimir, poco poder suisorio alcanzan las siguientes objeciones, casi exclusivamente de índole formal.

— En primer lugar, nos encontramos con la ubicación en el mismo artículo de ambos párrafos. ¿Por qué si el legislador quería construir dos tipos penales independientes, no les dedicó artículos separados?

Ante todo conviene advertir que la ratio legislatoris nunca puede prevalecer sobre la ratio legis. Es decir que, independientemente de lo que el legislador haya querido hacer, el Ordenamiento Jurídico posee su propia lógica interna, al igual que cada precepto, para constituir así un todo unitario y sistemático. La norma, desde que sale de manos del legislador, se independiza. No hay que olvidar la advertencia de Federico De Castro cuando critica la teoría interpretativa de la voluntad del legislador: «el error inicial e insuperable de esta doctrina, estriba en la separación que supone entre legislador y súbdito;... aísla la actividad legislativa de la vida de la comunidad nacional y cierra los ojos al hecho de que son las tradiciones, las creencias y las aspiraciones del pueblo las que animan y dan sentido a la Ley (18).

Ante la interpretación lógica que surge, naturalmente, del mismo texto legal, pierde importancia la voluntad del legislador.

(18) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civil de España*. Tomo I, 3.^a edición. Madrid 1955, pág. 499.

Por otro lado, el procedimiento legislativo de incluir preceptos independientes en un mismo artículo es bastante común.

— Por lo que hace a otra objeción de parecido sentido, a saber, la de que el párrafo IV habla en singular de «delito» y no de «delitos», vale perfectamente la consideración que acabamos de exponer.

— Por último, Quintano Ripollés consideraba más satisfactoria la tesis unitaria, entre otras razones, porque la contraria supondría castigar «el incumplimiento del mínimo deber alimenticio, con mayor sanción que los de abandono domiliar y conducta desordenada» (19). Tampoco esta razón nos convence porque Quintano pone en comparación las prestaciones protegidas, pero a nosotros nos parece más correcto contejar los sujetos protegidos. Ciertamente que, en el párrafo primero se tutela tanto la asistencia material como la espiritual, al paso que el segundo limita su protección al socorro económico, lo que supone menor extensión del objeto amparado, pero no es menos cierto, que mientras en el párrafo primero se trata de garantizar la asistencia a personas que, en general, pueden valerse por sí mismas, en el segundo se dirige el auxilio a personas que, en general, no pueden valerse por sí mismas, por lo que no parece injusto que el ataque a las mismas resulte sancionado con mayor severidad que el encaminado a las primeras.

(19) QUINTANO RIPOLLÉS, *op. cit.*, pág. 399.