

Sentencia 1138/2003 de 12 de septiembre.

Elementos del delito de abandono de niños. Faltaron en el caso la imputación objetiva y el dolo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Septiembre de dos mil tres.

ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Reus incoó Procedimiento Abreviado con el nº 95/94 contra Jose Daniel que, una vez concluso remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona que, con fecha 22 de marzo de 2002, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Probado, y así se declara, que: UNICO.- La acusada actualmente en rebeldía Sonia, mayor de edad y sin antecedentes penales, venía residiendo en el domicilio sito en el DIRECCION000NUM000, NUM001 de Reus, en unión de su hijo menor de edad Andrés, nacido el día 5.9.93, en el Hospital Sant Joan de Reus, siendo que la anterior convivía entonces con el también acusado Jose Daniel, mayor de edad y sin antecedentes penales. Como fuere que Sonia se ausentaba de su domicilio por razones laborales, en estos periodos de tiempo el acusado Jose Daniel, asumía la labor de cuidar al menor Andrés. Ante esta situación y por falta del debido cuidado que precisaba el menor Andrés por su corta edad, devino una situación de desamparo del menor que culminó con su ingreso en el Hospital Sant Joan de Reus en fecha de 26.12.93, en un estado de salud límite, esto es, presentando bradicardia extrema apnea, lo que hizo preciso que se procediera de forma urgente a su reanimación profunda con intubación y conexión a respirador, constatándose un estado de shock catalogado de séptico y deshidratación, con desnutrición grave con un peso de 4.030 gramos, siendo la media normal para su edad de 6.800 gramos, y suciedad importante con infestación parasitaria. Durante el periodo de ingreso hospitalario del menor se le diagnosticó una encefalopatía hipóxico-isquémica no connatal.

El menor Andrés fue dado de alta en fecha de 28.3.94 asumiéndose por la Secció Territorial d'Atenció a l'Infancia las funciones tutelares, acordándose el consiguiente acogimiento simple institucional.

En la exploración psicopedagógica realizada el 2.6.94 se constató un nivel global de desarrollo muy por debajo del que debería tener atendándose a su edad cronológica.

No ha quedado acreditado ni que el acusado Jose Daniel asumiera en ningún momento las funciones de guardador de hecho de Andrés, ni que el Sr. Jose Daniel tuviera la instrucción o preparación necesaria para afrontar con garantías el cuidado de un recién nacido."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos absolver y absolvemos al acusado Jose Daniel del delito de abandono de menores por el que venía acusado tanto por el Ministerio Fiscal (art. 229.1 del CP) como por el Lletrat de la Generalitat de Catalunya en su función de Acusación Particular (art. 229.3 del CP), declarando de oficio las costas del procedimiento.

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el MINISTERIO FISCAL y la acusación particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO.- La sentencia recurrida absolvió a Jose Daniel del delito de abandono de un menor por el que le habían acusado el Ministerio Fiscal y la Generalitat de Cataluña. Convivía con Sonia, también acusada y declarada en rebeldía, que tenía dos hijos, Andrés y Amanda, ambos menores de edad. Cuando dicha madre se ausentaba del domicilio por razones laborales era Jose Daniel quien se quedaba al cuidado de tales dos hijos. El día 26.12.93, cuando dicho Andrés tenía sólo 3 meses y 21 días hubo de ser ingresado de forma urgente en un hospital de Reus en un estado de salud límite padeciendo bradicardia extrema y apnea, shock séptico e importante suciedad con infestación parasitaria, deshidratación y desnutrición grave. Luego se le diagnosticó una encefalopatía hipóxico-isquémica no connatal y un desarrollo psicológico muy por debajo del que le correspondía por su edad. Fue dado de alta 3 meses y dos días después y quedó acogido por el correspondiente servicio catalán de Atención a la Infancia. Esa tarde-noche del 26.12.93 también había estado Jose Daniel al cuidado de los niños hasta el regreso de la

madre de su trabajo.

Contra tal absolución recurren en casación el Ministerio Fiscal y la acusación particular, por uno y dos motivos respectivamente, que hemos de rechazar.

SEGUNDO.- Comenzamos examinando el motivo segundo de la mencionada acusación particular, al ser el único relativo a quebrantamiento de forma. Se ampara en el inciso 2º del nº 1º del art. 851 LECr. Se dice que hay contradicción en el propio relato de los hechos probados cuando, por un lado, se establece que el acusado asumía la labor de cuidar al menor Andrés mientras la madre se encontraba fuera del domicilio por razones laborales (párrafo 1º), y, por otro lado, dice que no se acreditó que dicho acusado asumiera en ningún momento las funciones de guardador de hecho del niño.

No hay contradicción alguna, por cuanto que, como bien dice el Ministerio Fiscal este concepto de **guardador de hecho** tiene un significado muy concreto en el texto de la sentencia, referido a quien reúne estas dos notas: **1ª, desempeño de labores de asistencia continuada; 2ª, con responsabilidad decisoria**. Precisamente por entender que no respondía la tarea desempeñada por Jose Daniel respecto del menor Andrés a tal concepto concreto es por lo que se le absuelve.

Claramente, según la tesis de la propia sentencia recurrida no es lo mismo cuidar al menor mientras la madre se ausentaba del domicilio por su trabajo que ser un guardador de hecho en ese estricto concepto que acabamos de explicar.

No existe el pretendido quebrantamiento de forma.

TERCERO.- Vamos a referirnos aquí conjuntamente al motivo único del recurso del Ministerio Fiscal y al 1º de la acusación particular, concretamente a todo lo alegado en dicho motivo único y en la parte más importante de este último.

Ambos recurrentes, por el cauce del nº 1º del art. 849 LECr, alegan infracción legal por no haberse aplicado al caso, bien el art. 229 CP actual, bien el 448 CP anterior, que sancionan el abandono de niños por parte de la persona encargada de su guarda.

Veamos cuáles son los **elementos de este delito** en su modalidad básica definida en sus respectivos párrafos primeros:

1º. **Sujeto pasivo ha de ser necesariamente un niño** menor de siete años. El CP actual lo amplía a cualquier **menor de edad o incapaz**.

2º. El **sujeto activo** aparece definido en los términos "**la persona encargada de su guarda**". Lo mismo en el CP vigente.

3º. La **conducta delictiva** se concreta, en ambos códigos, a través de una sola expresión: "**el abandono**". Ha de existir una **conducta activa u omisiva** de dicho sujeto activo en virtud de la cual este abandono le pudiera ser imputado.

4º. El **delito ha de ser doloso**, Por tanto, es elemento del tipo el dolo, o conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren esos tres elementos objetivos que acabamos de exponer: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor.

Veamos lo ocurrido en el caso presente con cada uno de esos cuatro elementos:

A) Ninguna duda hay en cuanto a que el niño Andrés reunía las condiciones exigida para ser sujeto pasivo de este delito, pues tenía 3 meses y 21 días en la fecha en que fue llevado al hospital en una situación límite para su vida.

B) Entendemos que también concurre el segundo elemento. Ese **haberle encomendado la madre, con la que convivía, al acusado, que cuidara del menor mientras ella estaba fuera por razón de su trabajo, y la asunción de tal encomienda por parte de él, nos permite afirmar aquí que Jose Daniel era la persona encargada de ese menor durante ese periodo de tiempo en que la madre se ausentaba del domicilio**.

Estimamos que esta expresión legal "persona encargada de su guarda" es más amplia que el concepto

"guardador de hecho" utilizado en la sentencia recurrida en su argumentación para absolver al acusado. Basta examinar el párrafo 2º del art. 488 para percatarnos de ello, como bien dice el escrito de recurso de la acusación particular. Si este párrafo 2º está definiendo una figura de este delito agravada por una condición particular del sujeto activo, quiere decirse que hay otros posibles sujetos activos -los de la figura básica del párrafo 1º- además de éstos cuyo comportamiento punible está más castigado. Si en este párrafo 2º se agrava el delito para "los padres, tutor o guardador de hecho", es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica.

De aquí deducimos nosotros que **el concepto "encargado de su guarda" ha de interpretarse**, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que ahora se refieren los arts. 303 y 304 CC, sino, con una mayor amplitud, **a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor (o incapaz -art. 229-), de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección.** Son precisamente esos amplios términos legales utilizados en estos tipos delictivos básicos -"persona encargada de su guarda"- y esa necesidad de proteger bienes jurídicos tan valiosos, las razones que nos llevan a efectuar aquí una interpretación generosa de la ley penal, en todo caso respetuosa con sus propias palabras, como exige el principio de legalidad tan esencial en el Derecho Penal desde hace ya varios siglos, como una de las más importantes conquistas del moderno Estado de Derecho.

El hecho de que el CP 95 (art. 229.2) haya modificado los términos de esta figura agravada, al hablar de "padres, tutores o guardadores legales" -no guardadores de hecho-, no sirve para destruir la argumentación que acabamos de exponer. Habrá de servir para configurar un tipo de delito agravado de menor radio de acción en beneficio del tipo básico, pero no para obligar a una interpretación más restrictiva que la que acabamos de exponer (en cuanto al sujeto activo de este tipo básico).

No hay razón alguna para que una persona encargada de la guarda de un menor, en los amplios términos a que acabamos de referirnos, si realmente practica una conducta de abandono (a continuación nos referiremos a este otro concepto), haya de quedar sin castigo por el hecho de que se trate de actividades de guarda realizadas a título gratuito y sin obligación alguna por razón de un título legal. **En el caso presente no nos encontramos ante lo que vulgarmente se llama un "canguro",** expresión utilizada en la sentencia recurrida, **sino ante algo más, por haber existido una continuidad en el ejercicio de esa guarda** de David -mientras la madre desempeñaba su trabajo-, aunque no existiera autonomía o facultad de decisión propia en la forma en que el acusado tenía que desempeñar esta tarea, ya que había de someterse y se sometía de hecho a los mandatos de dicha progenitora.

No es necesario que aquí nosotros digamos si un "canguro" -guardador por unas horas y retribuido- puede o no cometer este delito (posiblemente pueda, dadas las diversas modalidades en la forma de comisión de estas infracciones penales). Pero sí hemos de afirmar que esas labores de cuidado de Jose Daniel respecto del menor Andrés encajan en este concepto de "persona encargada de su guarda".

C) Sin embargo, **no concurre el otro elemento objetivo**, el tercero, el relativo a la forma de comisión definido en la norma penal como **"el abandono"**. De acuerdo con lo dicho en la propia sentencia recurrida abandono existió; pero no imputable a la persona del ahora acusado. Así lo deducimos de lo que tal resolución nos dice, en el párrafo 2º del fundamento de derecho 2º, donde podemos leer lo siguiente: **"no consta acreditado en autos que la situación de desatención crónica que presentaba Andrés tuviera su causa en una supuesta labor asistencial deficiente decidida y asumida por Jose Daniel"**.

Para explicar lo que acabamos de decir razonamos del modo siguiente:

a) Entendemos que abandono existe, no sólo cuando se deja a un niño (o incapaz) a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo. Este es el caso ordinario en épocas pasadas cuando era frecuente dejar a un niño recién nacido o de corta edad en cualquier lugar con peligro de no ser atendido. Pero **también existe abandono, y este es el caso presente, cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación tan extrema que hasta vulgarmente se habla de abandono por parte de esa persona que le cuida y lo hace sin la dedicación adecuada.** Parece que la primera modalidad se corresponde con la figura del delito instantáneo, mientras que la segunda se comete por **acciones u omisiones que se desarrollan en un periodo de tiempo más o menos prolongado.**

Los hechos probados de la sentencia recurrida nos dicen en qué consistía ese "estado de salud límite" cuando nos pormenoriza la situación en que Andrés llegó al hospital el 26.12.93, bradicardia extrema y apnea, shock séptico, deshidratación, desnutrición grave, suciedad importante e infestación parasitaria.

b) Pero para que se pueda condenar por este delito no basta que exista el mencionado abandono: **es necesario que éste pueda imputarse al acusado**. Es decir, tiene que haber una conexión tal entre la conducta activa u omisiva de dicho acusado (frecuentemente o primordialmente omisiva en los casos de la segunda modalidad antes referida) y esa situación del menor (o incapaz) reveladora del abandono por parte de ese acusado en su condición de cuidador. Es la llamada por la doctrina reciente **imputación objetiva**, que faltó en el caso presente como nos dice la sentencia recurrida en el párrafo 2º de su fundamento de derecho 2º en la parte que hemos transcrito al inicio de este apartado C).

D) El último de los elementos es el **dolo**, como requisito subjetivo que ha de concurrir en todos los delitos dolosos. En el CP actual ninguna duda puede existir sobre la naturaleza dolosa de este delito, que no podrá cometerse mediante imprudencia al no hallarse esta forma de comisión expresamente prevista como conducta delictiva, dado lo dispuesto en el art. 12 de este código. Si alguna duda podía existir sobre la posibilidad de comisión de este delito a título de imprudencia por el sistema abierto ("numerus apertus") del art. 565 CP anterior, tal duda queda ya despejada ante el texto del mencionado art. 12.

El dolo, en este delito básico de los art. 488.1 y 229.1 que estamos examinando, exige en el sujeto activo conocimiento de que en su comportamiento concurren los hechos que configuran todos y cada uno de esos elementos objetivos del tipo, los tres antes referidos. **Ha de saber el sujeto al obrar: 1º, que el sujeto pasivo en un menor (o incapaz); 2º, que él mismo se encuentra encargado de su guarda; 3º, que con su conducta está originando, propiciando o favoreciendo la situación de abandono de dicho sujeto pasivo. Quien con este triple conocimiento actúa y produce (o ayuda) ese abandono actúa dolosamente.**

Pues bien, en el presente caso, aunque pudiera decirse que objetivamente la conducta del acusado hubiera ocasionado o cooperado en la existencia de ese abandono (no es así, pues lo niega la propia sentencia recurrida como acabamos de ver), esto es, aun en la hipótesis de que así hubiera sido, en todo caso, habría faltado el dolo por no haber existido ese conocimiento en relación al 3º de tales elementos objetivos del tipo delictivo. Cuando la sentencia recurrida, en esa parte del párrafo 2º del fundamento de derecho 2º, nos habla de que **no se acreditó la "supuesta labor asistencial deficiente decidida y asumida por Jose Daniel"** está poniendo de relieve la falta del dolo como elemento del tipo. Los adjetivos "decidida y asumida" así lo ponen de manifiesto.

En conclusión, en el comportamiento de dicho acusado en relación con la persona del niño Andrés, que a la sazón tenía algo más de tres meses cuando los hechos de autos se produjeron, no ha quedado probado que concurriera el requisito de la imputación objetiva antes referido, y, en la hipótesis de que tal imputación objetiva hubiera existido, habría faltado el dolo en su comportamiento, elemento necesario en toda clase de delitos dolosos.

Así pues, no existió el delito por el que Jose Daniel ha sido acusado.

Hay que desestimar también este motivo único del recurso del Ministerio Fiscal y el 1º del formulado por la acusación particular.

FALLO

NO HA LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN interpuestos por el MINISTERIO FISCAL y por la acusación particular contra la sentencia que absolvió a Jose Daniel de delito de abandono de niño por el que había sido acusado, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona con fecha veintidós de marzo de dos mil dos.