

LUIS GONZALEZ GUITIAN

**Profesor Adjunto interino de Derecho Penal
en la Universidad de Santiago de Compostela**

**EL ABANDONO DE FAMILIA
CUESTIONES DE POLITICA CRIMINAL**

I

Según el artículo 487 del Código Penal español, “será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 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:

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

Por otra parte, de acuerdo con este mismo artículo, “cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes 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 10.000 a 100.000 pesetas”.

En ambos supuestos, “el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el reo”.

Este artículo, que aparece por primera vez en nuestros textos punitivos con el Código Penal de 1944, procede de la ley de 12 de marzo de 1942 "por la que se sanciona el delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar" y se mantiene hasta el presente con la adición en 1963 de un nuevo párrafo sobre la perseguibilidad de este delito y con las sucesivas revisiones de la cuantía de las multas.

Ahora bien, ¿es la sanción penal adecuada para combatir este tipo de conductas? ¿Es adecuada la sanción penal, tal como está configurada en este precepto? Responder a este doble interrogante es el propósito de estas páginas. Respuesta que se orienta, pues, en una doble vertiente: de una parte, sobre la posible conveniencia de que el abandono de familia desaparezca de nuestro Código Penal; de otra, sobre la posible necesidad de delimitar de forma más restrictiva el ámbito de aplicación del artículo 487. Pero antes, como es natural, será preciso ver, aunque sea someramente, cual es la configuración del abandono de familia en el Derecho penal español y cuál es su contenido, a qué obligaciones se extiende.

II

De acuerdo con el plan que hemos trazado, lo primero que hay que tener en cuenta es el por qué del nacimiento del precepto. Este por qué queda expuesto

con absoluta franqueza en el preámbulo de la citada ley de 12 de marzo de 1942.

En el preámbulo, en efecto, se afirma que "el especial interés que al nuevo Estado merece institución tan fundamental como la familia, base insustituible del orden social, no puede permanecer indiferente ante el hecho de su criminal abandono, que si lesiona los vínculos conyugales por la Religión elevados a la categoría de Sacramento, hiere igualmente aquellos otros deberes que la paternidad o la filiación reclaman en el orden mismo del derecho natural como la más sagrada de las obligaciones.

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 dañosas al orden, a la justicia y a la misma economía de la Nación.

Por ello, la mayor parte de las legislaciones penales, singularmente las más recientemente promulgadas, sancionan con severas penas el incumplimiento de estos deberes de asistencia familiar, rectificando saludablemente el criterio de indiferencia que rigió como lógica secuela de sus prejuicios en los regímenes liberales.

No era posible 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 y a subsanarlo viene esta disposición que, inspirada en las características esenciales de nuestro régimen, sirve radicalmente a los postulados más imperiosos de la moral cristiana”.

Por su parte, la doctrina española de aquellos años insistía en la necesidad de sancionar penalmente las conductas de abandono de familia. CUELLO CALON hablaba de “la creciente decadencia de la familia”, terrible mal que, entre otras cosas, produce las trágicas consecuencias de “la miseria, la prostitución, la criminalidad”. Y una de las manifestaciones más características de esta crisis de la vida familiar sería “la desagregación y el hundimiento definitivo del hogar doméstico a causa del abandono, del descuido moral y material en que dejan a sus familiares los encargados de proveer a su sustento, de educarlos y de ampararlos... El delito y la corrupción infantil, la depravación del niño en todas sus formas son su consecuencia inevitable e inmediata” (1). En el mismo sentido,

(1) E. CUELLO CALON, *El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*, Barcelona, Bosch, 1942, pp. 7-9. En esta obra (p. 9s.) recoge un texto suyo de 1934, en el que “exponiendo su experiencia como juez del Tribunal de Menores de Barcelona” afirmaba: “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 niños, 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,

FERRER SAMA afirmaba que, dado que el 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 como se desmorona la primera célula del Estado" (2). Posición favorable a la punición del abandono de familia que, con argumentos de todo tipo, se sigue encontrando en recientes trabajos que abordan este tema. Así, para M^a R. DIEGO DIAZ-SANTOS, "la necesidad, la utilidad y la justicia" exigen su incriminación (3). Sirvan estos

para que sus hijos vivan, ha de trabajar todo el día fuera de la casa, en fábricas o faenas domésticas en condiciones 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 he conocido horribles casos de madres que envejecidas por las privaciones y la enfermedad, perdido sus atractivo sexual, han consentido el concubinato de sus propias hijas apenas púberes con su mismo amante antes que perderlo". La conclusión que obtenía CUELLO era la necesidad de incriminar el abandono de familia.

(2) A. FERRER SAMA, *El delito de abandono de familia*, Murcia, 1946, p. 10. Este criterio de inactividad supone un serio peligro social, "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". Del mismo autor y en el mismo sentido, *Abandono de familia* (voz), en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo II, Barcelona, Seix, 1950 pp. 16 ss.

(3) M^a R. DIEGO DIAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, Madrid, Montecorvo, 1974, p. 333, recogiendo las palabras de BERISTAIN,

ejemplos como exponentes de la tendencia dominante en España en los últimos treinta años, que afirma la necesidad de sancionar penalmente el abandono de familia.

¿Qué se ha de entender por abandono de familia?

La corriente legislativa que a lo largo de este siglo ha ido incriminando en numerosos países el abandono de familia se ha escindido en una doble vía. Sin olvidar diferencias de matiz, puede indicarse que la tendencia más extendida es la encabezada por la ley francesa de 7 de febrero de 1924, tan favorablemente acogida por la Sociedad de Naciones, que se limita a incriminar el llamado "abandono material", es decir, el incumplimiento por parte de un miembro de la familia de las obligaciones de carácter económico que tiene con respecto a los demás miembros. Esta tendencia suele ser seguida por los países que consideran el abandono como causa de divorcio; la poca efectividad de las instituciones civiles a la hora de hacer efectivas las obligaciones económicas derivadas de esta situación, es lo que impulsó a los legisladores a incluir en los códigos penales los supuestos de incumplimiento de estas obligaciones (4).

Protection pénale de la famille, en Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1967, p. 759.

(4) Vid. una exposición de legislación comparada en C. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado por C. CAMARGO, Parte Especial, vol 2^o, ed., Barcelona, Bosch, 1975, pp. 756 ss. Sobre la ley francesa, en lo referente a la relación entre abandono y divorcio, pero en sentido opuesto a la incriminación, vid. M. LOPEZ-REY y ARROJO, *El*

La tendencia minoritaria es la que defiende la incriminación no sólo del abandono material, sino también la del llamado "abandono moral" o incumplimiento de una serie de deberes característicos de la institución familiar que no tienen carácter económico. Esta tendencia tiene su origen y, desde luego, sus más entusiastas representantes en la Italia de los años veinte y se materializa en el Código ROCCO, de 1930 (5).

Que la ley española de 1942 —directamente emparentada con el Código ROCCO— y su concreción en el Código penal de 1944 tratan de orientarse en esta segunda dirección, no parece ofrecer duda alguna (6).

abandono de familia, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Marzo 1932, pp. 281 ss.

(5) Efectivamente, el artículo 570 del Código penal italiano sanciona al que "abandonando el domicilio doméstico u observando una conducta contraria al orden o a la moral de las familias se sustrae a las obligaciones de asistencia inherentes a la patria potestad, a la tutela legal o a la cuatidad de cónyuge".

(6) A. QUINTANO RIFOLLES, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. revisada por E. GIMBERNAT, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1966, p. 885: "Bien se ve que la intención de la ley de 1942, como la del Código, es la de salvaguardar valores morales y de asistencia que rebasan al ámbito de lo económico". A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., pp. 17 s.: "Tales expresiones (del preámbulo de la ley de 1942) 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 puramente 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". F. CASTEJON, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Madrid, ed. Reus, 1946, pp. 91 s.: "Por no existir en el Código español un título destinado a delitos contra el orden de las familias, se

El artículo 487 del Código penal describe la serie de conductas que pueden constituir el delito de abandono de familia en dos párrafos distintos. En el primero se prevé la sanción para el que incumpliere “los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio...” En el segundo, la sanción, más grave, se impone a quien “dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento” a la serie de familiares allí enumerados. Cabe observar entonces que según el artículo 487 del citado Código se puede sancionar, en principio, no solamente el incumplimiento de deberes de asistencia de carácter estrictamente económico en los casos concretos que se mencionan (par. 2º), sino que también bajo la ambigua fórmula del párrafo primero —párrafo que es objeto de este trabajo— puede caber (siempre, por supuesto, que se de al menos uno de los dos requisitos que allí se especifican: abandono malicioso o conducta desordenada) una serie de deberes tanto de orden económico como moral. En definitiva, pues, el Código penal español se inspira en la noción del “abandono moral”, la más amplia de las dos posibles.

Este criterio es aceptado por el Tribunal Supremo en su exégesis del artículo 487-1º. “Tiene lugar (este delito) por el hecho de que el marido, sin causa

incluye el abandono de familia en el mismo capítulo que el abandono de niños como delitos contra la libertad y seguridad, aunque repugna a la esencia del abandono de familia que en el concepto de la ley española es un delito de inasistencia o inasistencial, frente al concepto de algunas leyes extranjeras que lo conciben como mero abandono económico”.

justificada se marcha del domicilio familiar dejando de prestar voluntariamente los deberes inherentes a la patria potestad y a su estado matrimonial, deberes que no están limitados a la asistencia económica indispensable para el sustento de la esposa e hijos, sino que también se extienden a las obligaciones morales de mutuo auxilio y vida común de los cónyuges y a la protección, educación y mantenimiento de la prole” (7). Todavía con más claridad fijan el alcance de este tipo otras sentencias, como la de 10 de noviembre de 1971, que considera adecuada la inclusión en el artículo 487 de la conducta del marido que —como reconoce la propia sentencia— “proporcionaba ingresos suficientes para el sustento familiar”, pero efectuaba “vida marital con otra mujer, abandonando a la propia y a sus hijos”, es decir “llevaba una vida confusa y reprochable, contraria a la moral y buenas costumbres”, lo que supone “la dejación por el culpable de los deberes inherentes a la patria potestad y vida matrimonial”. Sentido similar tiene la sentencia de 9 de mayo de 1975.

Por lo tanto, la norma penal en blanco que es el mencionado artículo 487—1^o se configura, según la intención del legislador y la interpretación jurisprudencial, en un tipo de enorme amplitud y nada fácil concreción. La remisión del artículo 487—1^o a “los deberes legales de asistencia inherentes a la patria

(7) Sentencia de 26 de septiembre de 1960. En el mismo sentido, entre otras muchas, Sentencias de 20 de abril de 1966, 18 de octubre de 1967, 1 de junio de 1970.

potestad, la tutela o el matrimonio” es, en definitiva, una remisión al amplio abanico de disposiciones civiles que regulan estos supuestos. Así, siguiendo a FERRER SAMA (8), cabría incluir dentro de los deberes legales inherentes a la patria potestad, el deber de alimentación (artículo 142 Código civil), el deber de educación e instrucción de los hijos, de tenerlos en su compañía y de corregirlos y castigarlos moderadamente (art. 155 C. c.) (9), así como los deberes relativos a la administración y enajenación de bienes (art. 159 y ss, C. c.). Dentro de los deberes inherentes a la tutela, el artículo 487-1^o del Código penal puede abarcar por lo menos todo lo dispuesto en los cuatro primeros números del artículo 264 del Código civil: deberes de alimentación y educación, deber de procurar que los incapacitados a su cargo recobren la capacidad, deber de inventario y deber de administración de bienes. Dentro de los deberes inherentes al matrimonio entrarían los recogidos en el artículo 56 del Código civil: “vivir juntos, guardarse fidelidad (10) y socorrerse mutuamente”, así como los

(8) A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., pp. 21 ss.

(9) En lo que se refiere al deber de educación cabe mencionar la poca nitidez de los límites que separan el delito del artículo 487 de la falta contenida en el último inciso del artículo 584 n^o 5 (“así como los —se refiere a los padres de familia— que no procurasen a sus hijos la educación que su posición y medios les permitan”).

(10) La ley 14/1975, de 2 de mayo, que reformó algunos artículos del Código civil tratando de definir una más aceptable condición de la mujer casada, ha agravado el problema a los efectos que aquí nos interesan: la fórmula actual (“el marido y la mujer se deben respecto y protección recíprocas”), evidentemente más razonable que la anterior (“el marido

descritos en el art. 57 del mismo texto legal (11) y, por otra parte, la obligación alimenticia del artículo 143 del Código civil.

Ahora bien, ¿cuál es la posición de la doctrina española con respecto al “abandono moral”? ¿Sanciona efectivamente el artículo 487-1º del Código penal este tipo de abandono?

En este punto las opiniones se dividen. Para un sector doctrinal —hoy en minoría— representado fundamentalmente por CUELLO CALON (12), esta noción amplia de abandono es “la más certera” y “el sistema más recomendable”. El artículo 487-1º del Código penal debe abarcar una serie de deberes de carácter tanto económico como moral; por ejemplo, el deber de socorro mutuo, que ha de entenderse incluso en el sentido de asistencia moral o espiritual, de afecto y estimación recíproca, de amparo y protección (13)

deba proteger a la mujer y esta obedecer al marido”), permite ampliar hasta límites insospechables las conductas que podrían considerarse incluidas dentro del abandono moral.

(11) La inclusión del deber de fidelidad dentro del abandono de familia puede limitar en gran medida el alcance de la posible desaparición en un futuro más o menos próximo de los delitos de adulterio y amancebamiento, ya que al menos una buena parte de las conductas que hoy constituyen estos delitos podrían pasar a ser constitutivas del delito de abandono de familia, si este se concibe de forma tan amplia.

(12) Cfr. E. CUELLO CALON, *El delito de abandono*, cit., pp. 17 s. y 42 s. Recientemente, en el mismo sentido, M^ºR. DIEGO DIAZ SANTOS, *Los delitos contra la familia*, cit., p. 334. Posición similar, aunque con las matizaciones que se exponen más adelante, A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., p. 15, que critica la “tímida tendencia” francesa.

(13) Deberes morales que un sector, ciertamente minoritario, de la doctrina italiana pretendía extender incluso al deber de cumplimiento de

Como posición más moderada cabe señalar la de QUINTANO (14), quien considera que tanto el "sistema francés" (abandono material) como el sistema italiano (abandono moral) presentan riesgos: el primero por su crudo realismo, que lo viene a hacer equivalente al incumplimiento del deber alimenticio civil y el segundo por su excesivo idealismo, susceptible de acarrear intromisiones autoritarias en el seno de la intimidad familiar. Para QUINTANO, la mejor solución es la que en Alemania representan MAURACH y WELZEL, que parten de la concreta condición de titular del amparo: frente a los menores e incapaces, habrá que adoptar un criterio laxo, que abarque tanto las obligaciones civiles como las morales; con respecto a los mayores, habrá que restringirlo a las de carácter económico, concretamente a las de alimentos.

Actualmente, la tendencia mayoritaria está encaminada a excluir del ámbito del párrafo primero del artículo 487 el "abandono moral". RODRIGUEZ DEVESA argumenta que del propio tenor gramatical del mencionado artículo se desprende que hay un abandono malicioso o que es posible una conducta desordenada que no tengan por consecuencia el incumplimiento de estos deberes legales a que hace referencia al texto punitivo. De no ser así, sería innecesario acudir a la fórmula que adopta la ley, pues

las relaciones sexuales entre cónyuges, tesis que no ha tenido defensores entre los penalistas españoles.

(14) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLES, *Curso de Derecho Pehal*, II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 396.

bastaría con castigar simplemente el abandono malicioso o la conducta desordenada. Por lo tanto, si no es consustancial con el abandono malicioso o con la conducta desordenada el abandono de tales deberes, hay que concluir una limitación de los deberes a que remite el artículo 487, que ya no serán todos los que enumera el Código civil, pues habrá que excluir aquellos que consisten o se derivan de la mera convivencia, quedando solamente “los de asistencia material y de dirección o protección que no exijan la presencia física del obligado a ellos” (15).

La posición del Derecho penal español con respecto al abandono de familia puede resumirse, pues, en dos puntos fundamentales:

1. El abandono de familia debe ser sancionado penalmente.
2. El Código penal español, inspirado en el sistema italiano incluye dentro del abandono de familia tanto el abandono “material” como el llamado “abandono moral”. Tendencia —o, mejor, pretensión— del texto punitivo español que no deja de encontrar opiniones discrepantes en la doctrina.

(15) Cfr. J. M. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 6^a ed., Madrid, 1975, p. 295. Vid. también F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 2^a ed., Universidad de Sevilla, 1976, p. 373; F. BELLO LANDROVE, *Protección penal de la familia. Consideraciones generales y tratamiento en Derecho español*, Tesis doctoral inédita, Santiago de Compostela, 1976, p. 1186.

III

En este punto, es preciso preguntarse ya si la posición del Derecho penal concretada en el art. 487-1^o CP. es o no justificada. Para responder a esta cuestión, que comprende los dos aspectos antes señalados, es conveniente seguir un orden inverso al establecido en su exposición. Es decir, se comenzará por el "abandono moral" para —una vez tomada posición con respecto a este punto— pasar a continuación a responder si el abandono material debe ser sancionado penalmente.

A) El primer tema a tratar es, pues, el de si el delito de abandono de familia debe incluir el llamado "abandono moral".

En primer lugar, hay que dejar constancia de la realista y ponderada respuesta de QUINTANO (16), para quien la "tan laudable ambición" de salvaguardar valores morales y de asistencia que rebasan el ámbito de lo económico, "ha de ser frustrada a cada paso por las dificultades, casi insuperables, de la prueba".

Cabría objetar aquí, por supuesto, que las dificultades que se planteen en el orden procesal no tienen por qué afectar a la necesidad de que el Derecho penal sancione conductas que considera especialmente intolerables para la vida comunitaria. Pero, por una parte, entiendo que el argumento de QUINTANO hay que llevarlo más lejos y ponerlo en relación con el

(16) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios*, cit., p. 885.

problema —sobre el que creo que no es necesario insistir— del peligro de devaluación de un sistema punitivo que crea delitos cuya persecución desborda sus propias posibilidades y es, casi por definición, impracticable. En segundo lugar, ¿es el “abandono moral” realmente intolerable en el sentido que ha de ser exigible para fundamentar la intervención penal?

Como ya quedó dicho, la ley francesa de 1924, que es el germen de la incriminación del abandono de familia, así como la legislación de otros países que se orientan en su misma dirección, sancionaban solamente el abandono económico. El abandono moral no parecía ser una conducta socialmente intolerable.

En Italia, por el contrario, la doctrina marchaba abiertamente por el otro camino (17). En 1926, DE MAURO defendía la insuficiencia de garantizar la situación económica de la familia, solicitando la creación de figuras delictivas por las que se asegure también su asistencia moral y considerando la violación de algunas obligaciones familiares como “violación de deberes hacia la Patria”. Esta opinión prendió rápidamente en aquel país y en los trabajos preparatorios del que sería Código Penal de 1930. ROCCO afirmaba que “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

(17) Para una exposición de la doctrina italiana, vid. A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., p. 16.

comuni3n familiar, los padres, con la palabra y con el ejemplo, forman el alma del ni1o, que ser1 despu3s el ciudadano; seg1n que el ambiente dom3stico sea puro, o viciado y malsano, germina en el mismo y florece la planta del hombre honesto, o bien all1 nace aquella triste y empozofiada del criminal" (18).

La culminaci3n de esta tendencia tuvo lugar en la V Conferencia Internacional para la unificaci3n del Derecho penal, celebrada en Madrid en el a1o 1933, en la que efectivamente se impuso la tesis italiana de incriminar el abandono moral (19).

Con ello, pues, parece triunfar en Italia —y en nuestro pa1s— la idea de que el abandono moral debe ser sancionado penalmente. Sin embargo, el propio

(18) Aunque sea de modo incidental, creo que no puede pasarse por alto el otro lado de esta consideraci3n de la familia. Esta otra cara puede ilustrarse con el ejemplo de la situaci3n de los hijos ileg1timos. La Corte de Cassazione italiana sentenci3 el 15 de julio de 1935 que, al no tener patria potestad sobre los hijos ileg1timos, los padres no incurrir1n con respecto a ellos en este delito. Puede objetarse que el C3digo penal espa1ol, en el p1rrafo segundo del 487 no habla de patria potestad, sino simplemente de "descendientes", pero, en todo caso, ello quiere decir que s3lo podr1a ser de aplicaci3n el p1rrafo segundo, s3lo habr1a delito cuando se dejase a dichos hijos privados de lo necesario para el sustento. Es decir, el abandono moral —tan importante para estos autores—, de un hijo ileg1timo ser1 absolutamente impune.

(19) Texto aprobado por la Conferencia: Ser1 castigado "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 c3nyuge, o que abandonando sin motivo leg1timo, el domicilio familiar se sustraiga a estas obligaciones... 2^o Aquel que dejare carecer de medios de subsistencia a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, a sus ascendientes o a su c3nyuge, del que no se halle separado legalmente por culpa de 3ste". Vid. A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., p.17.

FERRER SAMA, seguramente porque prevé las desmesuradas consecuencias a que esto puede conducir, trata de hacer más estrictos los límites de la incriminación. En primer lugar, recuerda que la materia de derecho de familia corresponde esencialmente al derecho privado y que la función del Derecho penal queda reducida a la tutela de los intereses de la familia "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". Para FERRER, el delito de abandono de familia no puede concebirse con tanta amplitud que haga forzosa su estimación en cuantos casos hay incumplimiento de la ley civil. De este punto de partida, FERRER obtiene una conclusión de alcance relativamente modesto: alabar el criterio del Código Penal al limitar la comisión del delito a los supuestos en que el incumplimiento de los deberes legales de asistencia tenga lugar bien por medio de un abandono malicioso, bien concurriendo una conducta desordenada.(20).

Que esto es insuficiente y que el problema de los desmesurados límites del abandono moral sigue abierto, no escapa a la sensibilidad jurídica de FERRER, que páginas más adelante somete a crítica la ya mencionada opinión de CUELLO de que el deber de socorro mutuo entre cónyuges abarca incluso la asistencia y ayuda moral y espiritual, el afecto y la

(20) Cfr. A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., p. 20

estimación recíprocas. FERRER (21) admite que "tal criterio no puede ser más acorde con el criterio inspirador" de las disposiciones penales que sancionan el abandono de familia, pero, "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", advierte que el cónyuge que mantenga una actitud distante y despreocupada hacia su consorte, faltará a un deber moral e incluso a la abstracta obligación civil, "pero de ello a incurrir en responsabilidad penal y nada menos que por un delito perseguible de oficio (22), media un abismo". Las razones que alega FERRER son de dos clases; una de carácter pragmático: la dificultad de hipotizar un caso "en que la sanción penal pueda establecer la paz espiritual del matrimonio que la perdió"; otra es la que toca al fondo del problema: aceptar la responsabilidad penal para estos casos "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".

En mi opinión, lo difícil es, una vez señalado acertadamente el problema, una vez apuntado lo

(21) Cfr. A. FERRER SAMA, *El delito de abandono*, cit., p. 32.

(22) La reforma del Código penal de 1963 añadió un nuevo párrafo al artículo 487. En el primer inciso de este párrafo se dispone que "el delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal". Pero esta modificación en sede de perseguibilidad no afecta a la validez del resto de las palabras de FERRER.

intolerable de la intervención estatal en la esfera de la vida privada, detener aquí la conclusión. Creo que no hay razón alguna para no extender estos argumentos a todo el ámbito de las relaciones estrictamente personales dentro de la familia y para que no se pueda afirmar que las situaciones de abandono moral en nada incumben al Estado. El argumento puramente utilitario de las dificultades probatorias se ve unido así a la defensa de la esfera íntima de la personas. Creo, pues, que no hay que aceptar ese encadenamiento que, partiendo del principio de intervención penal en supuestos de abandono moral, lleva a suponer la presencia del Estado en el afecto y estimación entre los cónyuges o, incluso, como último eslabón —¿por qué no, si es perfectamente coherente?— en sus relaciones sexuales.

De todo lo expuesto hasta el momento, es fácil ver que el problema de la punición del abandono moral viene planteándose a dos niveles distintos: de una parte, se busca el argumento decisivo en la determinación de la importancia (política) que tiene la familia para la vida social; por otra, se centran los esfuerzos en trazar los límites de la intervención en la vida familiar.

Creo que es conveniente no llevar aquí la discusión al primero de estos niveles y partir solamente del segundo: es decir, sea cual sea la importancia que el Estado otorgue a la familia ¿no existirán unos límites que el Estado no podrá nunca traspasar? Si estos

límites no existen, ¿será eficaz la intervención del Estado en este terreno?

Planteado el problema en estos términos —a sabiendas de sus limitaciones—, para la respuesta a estos interrogantes son perfectamente válidos los argumentos de base de FERRER ya mencionados, extendiéndolos en toda su auténtica dimensión, a los que habrá que añadir lo que más adelante se diga con respecto al abandono económico.

En primer lugar, pues, hay una esfera de la vida de las personas que debe permanecer cerrada a la intervención estatal, sobre todo cuando —como ocurre en este caso— la amplitud del tipo extiende las posibilidades de aplicación de forma no sólo desmesurada, sino también lo suficientemente difusa para que sea inadmisibile.

En segundo lugar, el argumento de la ineficacia creo que debería ser suficiente para disuadir a quien defienda la posibilidad de intervención estatal en el más estricto ámbito de la vida privada. Parece más que dudoso que la intervención espectacular del Estado por medio del Derecho penal tenga un efecto positivo en el restablecimiento de unas relaciones ya deterioradas, que la pena sea útil para restablecer de forma auténtica la armonía familiar. Es más probable que en no pocos casos el mantenimiento forzado de una apariencia de familia sea contraproducente y, por supuesto, de muy dudosa ejemplaridad.

En conclusión, si la familia se disgrega, lo único que, en todo caso, tendría que proteger el Derecho penal sería la posible situación de desamparo en que pudieran quedar los miembros de la familia no responsables de la situación de ruptura, es decir, el abandono material o económico.

B) Rechazado el abandono moral como contenido del abandono de familia, el punto siguiente es el de determinar si el abandono material o económico debe ser castigado. En definitiva, el abandono de familia ¿debe ser objeto de sanción penal?

En general, los partidarios de la incriminación del abandono de familia no dudan en suscribir las palabras de CICU de que la familia es la más privada de las instituciones (23), pero no dudan tampoco en limitar esta afirmación haciendo referencia al conocido fenómeno de la "publicitación del Derecho privado" (24). Esta lacónica y resignada referencia al complejo fenómeno de la creciente intervención del Estado en la vida de los ciudadanos se refuerza, en no pocas ocasiones, con la consideración de que lo que se trata de proteger con la tipificación del abandono de familia no es a los miembros de *una* familia, sino a *la* familia: "la institución familiar, como tal, está en peligro... se trata de defender algo extremadamente importante

(23) Vid. A. CICU, *Principi generali del Diritto di famiglia*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e di Procedura Civile*, 1953, marzo, pp. 1-11.

(24) M^o R. DIEGO DIAZ-SANTOS, *Los delitos contra la familia*, cit., p. 326. A. QUINTANO RIPOLLES, *Curso*, cit., p. 395

para la colectividad: su célula vital indispensable" (25). La fundamentación última de la punición del abandono de familia acaba, pues —y creo que en la mayoría de los casos—, situándose no en la defensa de una institución privada concreta, sino en la defensa de la institución familiar. Nuevamente se mezclan aquí los dos niveles anteriormente expuestos.

A partir de estas bases, los argumentos en favor de la incriminación han sido sintetizados por BERISTAIN en torno a tres puntos (26):

I.— La mera observación de la situación familiar en la sociedad contemporánea pone de relieve que esta incriminación es necesaria. Los simples datos estadísticos muestran un número tan elevado de abandonos que el derecho privado y las instituciones sociales se muestran incapaces de atajarlos. Ante esta realidad parece indispensable reconocer la necesidad (quizás sólo temporal, dice BERISTAIN) de incriminar este abandono. Y, precisamente, porque, como dicen los partidarios de una utilización menos intensa del Derecho penal, "el derecho penal es un arma de gran calibre, reservada a los combates gigantescos". El abandono de familia es uno de esos importantes combates en los que debe exigirse la intervención del derecho penal.

(25) A. BERISTAIN, *Protection pénale*, cit., p. 759.

(26) Cfr. A. BERISTAIN, *Protection pénale*, pp. 759 ss.

2) Con la discusión en torno a la necesidad de desincriminar numerosas conductas que hoy son delictivas, enlaza un segundo grupo de argumentos. Aunque puedan ser partidarios de la conveniencia de suprimir de los textos punitivos una serie de conductas que sólo afectan a la esfera privada de las personas, los defensores de la incriminación del abandono sostienen que precisamente estas conductas de abandono no deben de entrar dentro del catálogo de tipos a extinguir. El abandono de familia debe seguir subsistiendo como delito, ya que las consecuencias del abandono no se limitan sólo a la esfera privada, sino que repercuten en forma importantísima en la sociedad. Son, en general, estos autores los que trazan una cadena fatal que sigue, más o menos, estos pasos: abandono de familia=hogares deshechos= infancia abandonada= delincuencia juvenil= crisis general de la sociedad.

3) El tercer grupo de argumentos reconoce que la incriminación del abandono causa grandes perjuicios a la familia, pero si se comparan estos perjuicios con los beneficios que reporta, el balance es positivo. Razones de utilidad, pues, exigen la inclusión de estas conductas en los códigos penales: el efecto intimidante de la pena y la ejecución penitenciaria (más racional, lógicamente, que la hoy existente) son dos factores cuya importancia no puede olvidarse.

Estos argumentos no parecen convincentes en ninguno de sus aspectos. Sin necesidad de entrar en

consideraciones de otro tipo, hay que afirmar que la punición del abandono de familia no es necesaria.

1) En primer lugar, no es correcto el argumento de que la crisis familiar, reflejada en un incesante aumento de los abandonos (27), al haber desbordado las posibilidades de las instituciones civiles, haga necesaria la intervención del derecho penal como *último recurso* para frenar este avance. Y no es correcto porque, a mi juicio, parte de una errónea comprensión de la función del derecho penal. La función del derecho penal no consiste en entrar en acción en el momento en que otros sectores del ordenamiento jurídico se reconocen impotentes para solucionar los problemas que se les presentan. La correcta concepción del derecho penal como "ultima ratio" puede inducir a la confusión de establecer los límites entre el derecho penal y los otros sectores del ordenamiento jurídico con criterios

(27) Si el aumento de los abandonos es incesante, como se suele argumentar, el número de sentencias condenatorias ha permanecido prácticamente invariable en los últimos veinte años.

El "incesante aumento" de los abandonos, por lo tanto, solamente demostraría la creciente importancia de la cifra negra en estos delitos, con todas las consecuencias que ello supone.

El número de sentencias condenatorias es el siguiente:

1953:	171	1961:	240	1968:	174	1972:	146
1954:	186	1962:	201	1969:	177	1973:	179
1955:	204	1963:	163	1970:	165		
1956:	203	1964:	153	1971:	148		

Fuente: *Estadísticas judiciales de España*, del Instituto Nacional de Estadística. Téngase en cuenta que los datos de cada uno de estos años (tomados al azar) son datos referentes a abandono de familia y niños es decir, incluyen, además del artículo 487, el artículo 488 del Código penal.

puramente cuantitativos: el derecho penal estaría, por ejemplo, para atajar el desbordamiento de los límites del derecho civil. Por el contrario, esta expresión quiere indicar que entre derecho penal y esos otros sectores existen también unas diferencias *cualitativas*: el derecho penal se limita a la regulación de una serie de conductas que son realmente intolerables para la existencia de una sociedad racionalmente organizada, con independencia de que sean de muy frecuente aparición o muy escasas. Este hecho puede influir, ciertamente, en la mayor o menor severidad de la intervención penal, pero siempre que se trate de conductas pertenecientes a ese especial sector del injusto que es el "injusto punible". Por eso, entiendo que la problemática del abandono de familia tiene su lugar más correcto en otro sector del injusto: el correspondiente al derecho civil y que, por lo tanto, no es oportuno acudir al derecho penal *cuando fallan* las instituciones civiles. La solución, en estos supuestos, ha de ser otra, ha de encontrarse, en todo caso, por la vía de la reforma de las desbordadas instituciones civiles.

2) Naturalmente, aquí puede alegarse —y a ello responde el segundo grupo de argumentos antes recogido— que las consecuencias del abandono de familia repercuten en toda la sociedad, que es la sociedad la más perjudicada por estas conductas. A este argumento responden precisamente los supuestos mencionados de la infancia abandonada con todas sus

nefastas consecuencias(28). En definitiva, el abandono de familia estaría dentro de las conductas realmente intolerables.

Este argumento es todavía menos convincente, porque la base de que parte es totalmente falsa. Nadie duda de las terribles consecuencias de los hogares destruidos, ni se trata aquí de desmentir el trágico cuadro pintado por CUELLO CALON, pero lo que sí considero totalmente inexacto es su planteamiento: el abandono de familia no es la causa de que se destruyan los hogares, el abandono de familia no es más que el reconocimiento de que la familia ya está deshecha, ya no existe. El abandono no es la causa de la crisis familiar, sino que es simplemente la consecuencia de una crisis mucho más compleja y de mucho más amplio alcance. Decir que el abandono de familia es causa de "la miseria, la prostitución, la criminalidad" es, en definitiva, tener una visión muy optimista de la sociedad contemporánea.

3) Poco hay que decir con respecto al tercer grupo de argumentos. ¿Para qué sirve aquí el posible efecto intimidante de la pena? Supongamos que efectivamente sirve para que el que pensaba abandonar a su familia decida, por temor a la sanción, no hacerlo. ¿Servirá eso realmente a la consolidación de los lazos familiares? Creo que resulta muy difícil dar una respuesta afirmativa, sostener que por temor a la pena se

(28) Vid. como ejemplo el texto de CUELLO CALON recogido en nota (1).

reconstruye una auténtica familia cuando más bien se tratará de una hipócrita convivencia de una serie de personas que mantienen coactivamente sus obligaciones económicas. Por razones de utilidad sería mejor reconocer la inexistencia de la relación familiar y buscar por otros medios el cumplimiento de los deberes de tipo material que mantener esta ficción. Lo mismo, sólo que todavía con mayor claridad, podría decirse con respecto a la eficacia de la ejecución penitenciaria, por mucho que esta se mejore en el futuro.

IV

La incriminación del abandono de familia (art. 487-1^o C.P.) es innecesaria e inútil, cuando no contraproducente. Las responsabilidades derivadas de estas conductas encuentran su tratamiento más adecuado en el campo civil, lo que, por supuesto, exige una modificación de las instituciones civiles y de las instituciones sociales. En esta dirección se encaminan las exigencias de amplios sectores de la sociedad española.