

VICTIMIZACIÓN DE ANCIANOS

III CONGRESO ESPAÑOL DE VICTIMOLOGÍA

12 de noviembre 2009
María Acale Sánchez
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

I. INTRODUCCIÓN

Según datos presentados en el Foro Mundial de ONGs sobre Envejecimiento, celebrado en Madrid en 2002, las personas de edad avanzada representan «en los países desarrollados cerca del 20% de la población y las tendencias futuras la aproximarán al 25%»¹. En España, en los últimos 30 años, se ha duplicado el número de personas de más de 65 años, pasando de 3.3 millones en 1970 (un 9.7% de la población) a más de 6.6 millones en 2000 (el 16.6%). Más recientemente, el Centro Europeo de Política para el Bienestar Social e Investigación ha comprobado que en nuestro país «aumentará más rápidamente el porcentaje de personas mayores que la mayoría de los países europeos»². Si a ello se le une el paralelo descenso de la natalidad, podrá comprenderse que el cuidado y atención de las personas mayores de edad es un grave problema social que no puede quedar al abrigo de la intervención pública. Paradójicamente la incidencia positiva de la inmigración en el seno de la Unión Europea está determinando un cambio en esta tendencia gracias a que se prevé «un ligero aumento de la tasa de fecundidad en algunos países miembros y el mayor dinamismo de los flujos de inmigración»³.

A lo anterior se añade el fenómeno demográfico conocido como el «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a los 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años⁴: «en términos absolutos, se espera que la población Europea de más de 80 años pase de los 18 millones en 2004 a más de 50 millones en 2050»⁵. Este sobre-envejecimiento de la población debe ser además asociado a la «sistemática feminización de la ancianidad»⁶, lo que determina que los estudios sobre ancianidad no se entiendan si no incorporan la variable «género»⁷. Dicha necesidad se acentúa si se tiene en consideración, por otro lado, el sexo femenino del sector de la población que se

¹La preocupación internacional por la situación en la que se encuentran las personas mayores, ancianas o de edad avanzada, es amplia. Véanse: el Plan de Acción Internacional de Viena sobre envejecimiento, de la Asamblea Mundial sobre el envejecimiento, de 26 de julio de 1982; Principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad, de la Asamblea General de la ONU de 1991; Proclamación sobre el envejecimiento (A/RES/47/5, 42 a reunión plenaria de 6 de octubre de 1992), así como el Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el envejecimiento, Madrid, 8 a 12 de abril de 2002.

²VV.AA., «Características y retos del envejecimiento de la población: la perspectiva europea», *Boletín sobre el envejecimiento. Perfiles y tendencias*, ed. IMSERSO, 2008, p. 3.

³Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre como «Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea», Informe 2009 sobre el envejecimiento demográfico (<http://www.bde.es/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesBCE/BoletinMensualBCE/09/Fic/bm0907.pdf>).

⁴Datos extraídos de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

⁵ VV.AA., «Características y retos del envejecimiento de la población: la perspectiva europea», cit., p. 51.

⁶Véase al respecto, M. Herrera Moreno, *Asedio inmobiliario de ancianos en el contexto de la especulación urbanística*, ed. Comares, Granada, 2007, p. 49; M. Teresa Bazo, «Incidencia y prevalencia del maltrato de los mayores», en J.L. de la Cuesta Arzamendi (ed.), *El maltrato de personas mayores. Detección y prevención desde un prisma criminológico interdisciplinar*, ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2006, p. 47.

⁷En esta línea, el art. 3.p de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, establece que es preciso «la inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres».

dedica al cuidado de estas personas, ya sea en el ámbito familiar, o en el laboral, asistencial o de prestación de servicios.

Eso significa que a la vez que se constata el actual envejecimiento de la población, se predice que, a no ser que se produzca un cambio de circunstancias, los problemas que al día de hoy afectan a este amplio número de ciudadanos, se verán acrecentados, si no en gravedad, sí en número⁸.

En efecto, semejante tarea ha estado tradicionalmente en manos más de la propia familia, al amparo de la regulación de la prestación de alimentos entre parientes que consagra los artículos 142 y siguientes del Código civil⁹, que de las instituciones públicas, a pesar de que el art. 50 de la Constitución consagra la suficiencia económica de la «tercera edad» mediante el sistema de pensiones y de ayudas sociales que tendrán en consideración los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio que presentan los ciudadanos de esta franja de edad.

Con la finalidad de paliar esta situación deficitaria en lo que a la intervención pública de cuidado de este sector de la población se trata, frente a la preocupación social existente en torno a los problemas que presentan las personas de edad, «ancianos» o «tercera edad», así como de otros colectivos en situación de dependencia, ha visto la luz en España la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que, como su propio nombre indica, tiene como objetivo ofrecer apoyo a quienes se encuentran en esa delicada situación, dentro de las cuales, el colectivo de personas que forman parte de la «tercera edad», tiene un gran peso. «Dependiente», según la Exposición de Motivos de la Ley, es aquella persona que por su edad, por padecer una enfermedad o por tener limitadas sus facultades físicas o psíquicas, requiere apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. El hecho de que dependan de cuidados ajenos para realizar actividades básicas les coloca en una situación de especial vulnerabilidad respecto a otras personas que no requieren de los mismos cuidados. En particular, se puede decir que una persona dependiente en razón de su mayor edad es especialmente vulnerable porque las propias características de la vida, les hace necesitar para muchas más cosas la ayuda de terceros¹⁰. Nótese como ambos factores –edad avanzada y dependencia– no están unidos: no todas las personas de edad avanzada se encuentran por ello mismo en situación de dependencia. No obstante, aquellas que sí lo están, padecen un proceso biológico en el que se unen ambos factores.

II. LA FUNCIONALIDAD DE LA VICTIMIZACIÓN DE LA PERSONA DE EDAD AVANZADA A SU SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: ACOTACIÓN DEL ESTUDIO

Según la Declaración de Hong Kong de la Asociación Médica Mundial sobre el Maltrato a Ancianos de 1989, el abanico de actos violentos que sufren estas personas es amplio, distinguiendo en particular los malos tratos físicos, psicológicos, financiero y/o material, maltrato médico o autoabandono¹¹. Cada una de dichas modalidades encuentran cobijo en la definición de maltrato del Instituto Gerontológico: «cualquier acto u omisión que produzca daño, intencionado o no, practicado sobre persona de 65 o más años, que ocurra en el medio familiar, comunitario o institucional, que vulnere o ponga en peligro la integridad física, psíquica, así como el principio de autonomía o el resto de los derechos fundamentales

⁸R. Cario, «El mayor como víctima. ¿fin de un tabú?», en J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 176.

⁹Véase I. Zurita Martín, *Protección civil de la ancianidad*, ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 42 y ss.

¹⁰ Afirmaba G. Landrove Díaz (*Victimología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 42) que aunque parece excesivo «hablar de *víctimas natas*, no es menos cierto que la probabilidad de convertirse en víctima de un delito no está igualmente distribuida entre todos los miembros del colectivo social».

¹¹http://www.wma.net/s/policy/10-25_s.html.

del individuo, constatable objetivamente, o percibido subjetivamente»¹². Más recientemente, la Organización Mundial de la Salud en la Declaración de Toronto de 2002 sobre «Prevención de los Malos Tratos a Personas Mayores» ha definido los malos tratos que reciben las personas mayores indefensas de las personas que se encargan de sus cuidados como «aquellos actos, sean únicos, reiterativos, o por omisión, que se produzcan en cualquier relación sobre la base de una expectativa de confianza por parte de la persona mayor, que le ocasionen dolor o sufrimiento».

En su interior han de establecerse las siguientes clasificaciones. En primer lugar, según el ámbito en el que se producen, los malos tratos pueden ser llevados a cabo en el privado de la familia o en el público de las instituciones, teniendo en consideración que en ambos casos la situación en la que se encuentra la persona de edad avanzada es todavía si cabe de mayor vulnerabilidad si se compara con aquellos otros supuestos en los que son víctimas de delito a manos de desconocidos, en la medida en que las personas que las victimizan son aquellas de las que dependen los cuidados de los mismos; su particular situación de dependencia genera además que el agresor se sitúe en una posición de superioridad correlativa al estado de inferioridad en el que se encuentra la persona agredida. Según la modalidad de comportamiento que causa el maltrato a la persona de edad avanzada, en segundo lugar, se distingue con frecuencia entre maltrato activo u omisivo; desde esta perspectiva, y teniendo en consideración las características del agresor, del agredido así como del vínculo de dependencia que se establece entre ellos, llama la atención particularmente la facilidad para llevar a cabo actos de naturaleza omisiva en los que el autor se limita a no cumplir, no socorrer, no alimentar, no medicar, etc. Y, finalmente, la tercera gran clasificación de maltrato hacia estas personas distingue entre maltrato físico y psíquico¹³, para constatar que si bien en muchos casos, los actos de maltrato sólo son de carácter psíquico (insultos, vejaciones, amenazas, etc.) en otros, dicha clase de maltrato psíquico va acompañado de actos constitutivos de violencia física (golpes, empujones, encierros, etc.). En opinión de De la Cuesta Arzamendi sus manifestaciones principales serían las siguientes: «no suministro adecuado de medicamentos, mantener condiciones ambientales no apropiadas, pronunciar comentarios inadecuados o hirientes, no permitir la intimidad (higiene, sexo, soledad...), aplicar restricciones físicas y de salidas, no tener en cuenta las barreras arquitectónicas, no proporcionar lecturas, distracciones, actividades... Haciendo abstracción de posibles acciones individuales de maltrato físico (el grave, más bien muy excepcional), psicológico y de negligencia, los supuestos más frecuentes se engloban, por ello, en el cuidado inadecuado. Este se presenta en ocasiones como consecuencia de un auténtico abuso institucional, a través de prácticas autoritarias y normas abusivas (sobre-medicación y sedación, negar a residentes decisiones relativas a la alimentación, levantarse o acostarse, o ejercer presión sobre los residentes para participar en actividades...), que se traducen en actitudes no respetuosas de la autonomía de los sujetos en la institución y en pérdida de la individualidad (despersonalización), infantilización, poca o nula intimidad y victimización»¹⁴. Como se ve, se trata de conductas mayoritariamente relacionadas con el comportamiento omisivo.

Pues bien: el Código penal español cuenta con arsenal punitivo suficiente para hacer frente a cada una de las conductas que, según la Declaración de Hong Kong, entran dentro del concepto de maltrato o violencia a la persona de edad avanzada aunque, como se comprobará

¹²Otras definiciones de violencia sobre personas de avanzada edad pueden verse en: L. O. Fernández Delgado, «El maltrato omisivo a las personas mayores en el ámbito residencial. Comentario al artículo 619 del Código penal», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2007-1, pp. 33 y 34.

¹³J. de Paul y J.L. Larrion, «El maltrato a los mayores. Algunas cuestiones generales», en J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 14.

¹⁴J.L. de la Cuesta Arzamendi, «El maltrato de personas mayores desde un prisma criminológico interdisciplinar: algunas conclusiones provisionales», en el mismo, ob. cit., p. 203.

posteriormente, se trata de una protección parcelada, fruto de distintas reformas, que no se cohesionan a la perfección unas con otras.

Con ello, del conjunto de agresiones que sufren las personas de edad avanzada, ancianas o pertenecientes a la tercera edad, el presente estudio va a girar en torno al eje que marca, por un lado, el ámbito en el que dichas conductas se producen –su familia exista o no convivencia entre ellos, o el centro de internamiento público o privado en el que reside- y, por otro, la relación de dependencia existente entre los sujetos implicados en los actos de violencia¹⁵.

III. ESTUDIO PRELIMINAR: SOBRE EL CONCEPTO DE “ANCIANO”

La primera duda que se suscita al analizar el tema de la victimización de ancianos es precisamente qué hay que entender por tal, esto es, cuándo se es, y quién es anciano a efectos penales para –posteriormente- comprobar cuándo se es víctima. En un plano teórico, el análisis ha de sucesionalizarse pues no hay por qué identificar al anciano con la víctima del delito, y ello a pesar de que en muchos casos, sean sus particulares características personales debidas a su edad las que facilitan su conversión en víctima.

El Código penal no utiliza en ni una sola ocasión el sustantivo «anciano» y por tanto, tampoco define lo que en otros sectores del ordenamiento jurídico se entiende por tal. Las precisiones que contiene el Código en relación a la edad de los sujetos implicados en el hecho criminal son escasas aunque concisas. Así, el art. 19 se limita a señalar que se es mayor de edad a efectos penales una vez que se cumplen los «18 años»¹⁶. A ello habría que añadir la previsión específica contenida en el art. 92 para el acceso a la libertad condicional del mayor de «70 años». Ambas tienen por objeto pues la edad del sujeto activo del delito, no de la víctima.

Un sector doctrinal ha entendido que se es una persona anciana o de edad avanzada una vez se alcanza la jubilación, esto es, los 60 o los 65 años¹⁷. Sin embargo, la única ocasión en la que el Código penal hace referencia expresa a la edad es en el ya citado art. 92 –en este caso, los 70 años- y lo hace a unos efectos muy concretos. El silencio del Código no ha de ser criticado, en la medida en que este dato, si bien tiene mucha importancia a otros efectos –en particular, en el ámbito laboral- penalmente no es en sí mismo, ni por sí solo especialmente relevante. Descartados pues los límites biológicos en relación a cuando se es anciano, ha de recurrirse a criterios materiales para alcanzar a definirlo a efectos penales. En la búsqueda del concepto de referencia ha de eliminarse el término «ascendiente», pues tanto lo es el padre de 20 años, como el padre o el abuelo de 80. Además, porque no en todos los delitos en los que se hace referencia a estas personas ha de mediar la relación de parentesco entre sujetos activos y pasivos, esto es, hay personas de «avanzada edad» víctimas de delitos o faltas a manos de otras con las que no están unidos por vínculos familiares, si bien, como pone de manifiesto la lectura de la jurisprudencia, éstos sean los menos numerosos.

El Código penal incorpora a su articulado una sola figura delictiva en la que se incluye como elemento del tipo la situación en la que se encuentra una persona en atención a su avanzada edad: así la falta del art. 619 castiga en lo que aquí interesa a los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de

¹⁵Véase I. Zurita Martín, *Protección civil de la ancianidad*, cit., pp. 183 y ss; de la misma, «El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales», en la misma (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, ed. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 19 y ss. Dejando pues fuera otro tipo de conductas que, como el asedio inmobiliario, se producen fuera del ámbito familiar: en extenso al respecto: M. HERRERA MORENO, ob.cit., pp. 53 y ss.

¹⁶Quienes sin alcanzarla –siempre que tengan más de 14 años- cometan un hecho constitutivo de delito o falta serán castigados según lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

¹⁷D. Morillas Fernández, ob. cit., p. 1.

edad avanzada¹⁸ que además se encuentre desvalida y que dependa de los cuidados del agresor¹⁹. El antecedente de este precepto en el Código de 1973 se refería al que dejare de «atender a ancianos que dependan de sus cuidados». De ahí que el sustantivo «anciano» a efectos penales, y haciendo una interpretación histórica de la letra de la ley, signifique «persona de edad avanzada» que además se encuentra desvalida, por lo que depende de cuidados ajenos: a estos efectos, es una persona indefensa²⁰. Puede concluirse en este punto que si bien el Código penal se centra en describir materialmente a las personas a las que quiere proteger, no les pone etiquetas, ni predetermina a ciencia cierta cuando se es un «anciano». Ello significa que si bien sólo se es menor de edad cuando se tiene una cierta edad biológica -18 años-, es anciana aquella que, dadas su avanzada edad biológica y las características de su vida, puede definirse como persona desvalida o necesitada de atención especial²¹, esto es, como una persona dependiente en consideración a su edad: el hecho de ser mayor de edad no determina por sí mismo y por sí sólo mayor reproche penal.

Con independencia de lo anterior, ha de resaltarse que existen otros preceptos en el Código en los que se tiene en consideración algunas cuestiones que caracterizan a estas personas, aunque sin nombrarlas expresamente. Así, dentro del propio delito de malos tratos en el ámbito familiar, el art. 173.2 se refiere a los malos tratos físicos y psíquicos que sufran las «personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados», referencia ésta última en la que se incluyen todas las personas que con independencia de su edad, se encuentren en dicha situación, entre las cuales están los internados en centros geriátricos. O en los artículos 148, 153, 171 y 172, que en materia de lesiones, maltrato singular, amenazas leves y coacciones también leves, respectivamente, se refieren a la «víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor», o en los artículos 180.1.3º y 181 que agravan la pena del delito de agresión y abuso sexual cuando la víctima sea «especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y en todo caso, cuando sea menor de trece años»; más alejadamente, en los delitos de hurto y de robo con fuerza se agrava la pena cuando se ponga a la víctima o a su familia en una grave situación económica o «se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima» (artículos 235 y 241), y en la estafa también se agrava la pena cuando se cometa «con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional» (art. 250).

En definitiva, y como se decía, este repaso por el articulado del Código pone de manifiesto que si bien se ofrece en determinados delitos una protección expresa a las personas de edad avanzada, no se convierte en bien jurídico protegido a la senectud en sí misma considerada: ello no ha de ser criticado pues no deben confundirse deberes morales de respeto hacia estas personas, con bienes jurídicos protegidos²². Y en este sentido, han de someterse a críticas la propuesta que se han hecho desde el Defensor del Pueblo de incluir la «vejez» de la

¹⁸O discapacitada.

¹⁹También el art. 226 al castigar el delito de abandono de familia se refiere al que dejare de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus ascendientes que se hallen necesitados.

²⁰Véase la Sentencia del Tribunal de Mestre de 24 de noviembre de 1982. En el mismo sentido: E. Brugnone, «Maltrattamenti di anziani cronici non autosufficienti ricoverati in strutture di assistenza: rilievi penali», en www.fondazionepromozionesociale.it, p. 2.

²¹Siguiendo pues las denominaciones que incorpora el texto punitivo, se utilizará aquí la expresión persona de edad avanzada para hacer referencia al anciano, a la persona de edad o al adulto mayor.

²²Finalmente, y aunque aquí terminan las previsiones específicas que contiene el Código con relación al tema examinado, todavía puede utilizar el juez como criterio de determinación de la pena, las especiales características de estas personas (art. 66). Así, la SAP de Toledo de 29 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/201.280) utiliza como criterios para imponer la pena máxima establecida por el legislador en el art. 153: «la situación de indefensión absoluta en que la víctima se encontraba debido a su edad avanzada, delicado estado de salud y necesidad de sumisión a la voluntad de su familia ante la práctica imposibilidad de vivir sin la misma. Todo ello hace que el reproche que los hechos merecen, deba ser entendido en la máxima severidad que el Código Penal permita».

víctima como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal²³: no es la vejez de la víctima, sino su especial vulnerabilidad provocada por su edad y por otras circunstancias concurrentes lo que determina la necesidad de ofrecer esta especial protección que, lejos de lo que se afirma en el Informe, como se ha visto, sí existe en el Código penal²⁴.

IV. EL PROCESO DE VICTIMIZACIÓN: ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO

Aunque la prensa de vez en cuando se encargue de destapar algún asunto relacionado con la violencia que sufren las personas de edad avanzadas internadas en centros públicos o privados, lo cierto es que no existen estudios criminológicos que analicen pormenorizadamente las características de los sujetos activos y pasivos, de los particulares actos de violencia, ni las de los lugares en los que se lleven a cabo. Se afirma no obstante en general, que las cifras de violencia que sufren estas personas en los centros son inferiores a las que sufren en sus familias²⁵, pues se calcula que las tres cuartas partes se producen en el ámbito familiar²⁶.

A pesar de lo cual, en los análisis multidisciplinares llevados a cabo en esta materia, es habitual partir como base de un estudio realizado en los EEUU en 1990, en el que el 36% del personal de enfermería reconoció haber asistido, al menos, a un incidente de violencia física ejercida por otros miembros del personal en el curso del último año, y un 10% reconoció haber cometido por sí mismo al menos un acto de violencia física; estas cifras se elevaban al 81% de presencia y al 40% de comisión de al menos un acto en el caso de la violencia psicológica²⁷. En España, según datos de la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología, entre un 5 y un 10% de los ancianos sufren abusos y malos tratos²⁸.

En los procesos de victimización de estas personas influyen sin duda alguna la visión actual de la «vejez», confundida en muchos casos con «enfermedad» y con «carga» familiar o social²⁹, lo que para muchos determina la asociación del adjetivo «inútil»³⁰ a las personas que

²³Véanse las Recomendaciones del Defensor del Pueblo e informes de la Sociedad española de geriatría gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, «La atención socio sanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos», en www.imserso.mayores.csic.es/documentos/defensor-anciando-01.pdf, Madrid, 2000.

²⁴Entre los últimos, el ocurrido en Madrid, que ha sido descubierto a través de un programa de televisión que con cámara oculta, filmó el estado –lamentable- en el que se encontraban los internados. Véase la noticia publicada en el *Diario El País* el 28 de junio de 2007, donde se resalta el hecho de que la apoderada de la Residencia había sido condenada en 1995 por la Audiencia Provincial de Madrid a indemnizar a la familia de una mujer que murió en la Residencia que ella misma dirigía; durante la instrucción, según la misma fuente, se constató que el centro carecía de personal cualificado y que «muchos ancianos se encontraban en unas condiciones infrahumanas, atados a sillas y camas». El hecho de que la responsabilidad penal sea temporal, no impide que administrativamente se lleve a cabo un control más exhaustivo de los centros dirigidos por estas personas que se han visto con anterioridad implicadas en sucesos de violencia contra las personas que por contrato dependen de sus cuidados (sobre la intervención administrativa véase: S. Fernández Ramos, «Los centros residenciales para personas mayores en el marco del sistema de servicio sociales», en I. Zurita Martín (coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, cit., pp.93 y ss.

Por el eco que tuvo en la opinión pública italiana hay que mencionar también la noticia publicada por el periódico *La Repubblica* el 9 de diciembre de 2004, en la que se descubría las condiciones en la que se encontraban los residentes en una casa de acogida en la que mantenían a los internos atados y sobremedicados para que no pudieran protestar.

²⁵A. Orbeago Aranburu, «Experiencias en relación con el maltrato y el abordaje desde las instituciones y entidades», en J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 66; J. Muñoz i Rianzo, «Aspectos jurídicos de los malos tratos a personas mayores», en *Revista Multidisciplinaria de Gerontología*, 2001-11/2, p. 78.

²⁶R. CARIO, ob. cit., p. 154.

²⁷K. Pillemer, D.X., Moore, «Highligths from a study of abuse of patients in nursing homes», en *Journal of Elder Abuse Neglect*, 1990-2, pp. 59-72.

²⁸<http://www.ondasalud.com/edicion/noticia/0,2458,88821,00.html>.

²⁹Entienden P. Jiménez y I. Jiménez-Poyato («Algunos aspectos legales sobre el maltrato a las personas mayores», en *Revista Española de Geriátrica y Gerontología*, 2003-38/1, p. 46) que el identificar «vejez» con

forman parte del grupo. Quienes así son definidos sufren un paralelo proceso de minoración de su autoestima, durante una fase de su vida en la que además –correlativamente- cargan con el peso de tener que asumir el duro cambio generacional.

En este proceso lento de victimización influye la innegable dependencia del maltratado de su maltratador (quien conoce el estado psíquico y emocional en el que se encuentra aquél), el excesivo cuidado que requieren estas personas así como el hecho de que los actos de violencia se escuden dentro del propio ámbito –familiar o institucional³¹- que les acoge, lo que dificulta en gran medida que terminen saliendo a la luz pública.

El Instituto Gerontológico ha dibujado el perfil de la víctima de edad avanzada, caracterizándola como una persona de más de 75 años –preferentemente de sexo femenino y de estado civil viuda-; que padece importante deterioro funcional por una grave enfermedad crónica o progresiva (Alzheimer, parkinson, etc.); dependiente de su cuidador para la mayoría de las actividades diarias, portadora de problemas y conductas anómalas (incontinencia, agresividad, agitación nocturna); que convive con un familiar que es el principal y único cuidador; con antecedentes previos de lesiones inexplicables y recurrentes; que presenta signos de malnutrición, deshidratación, mala higiene, o intoxicación medicamentosa y que vive asilada del resto de la sociedad³².

Por su parte, el perfil del maltratador no está tan definido, pero sí existen datos suficientes para caracterizarlo como la persona de cuyos cuidados depende la víctima, de sexo generalmente femenino –puesto que a este sexo pertenecen las personas que se encargan del cuidado de las personas de edad avanzada, ya sea en el ámbito familiar o en el institucional-, que, por lo demás, realiza un trabajo que puede llegar a ser muy estresante pues se le exige que esté pendiente simultáneamente de la alimentación, medicación, higiene personal y cuidado de todas las personas que se encuentran a su cargo. Asimismo, la situación laboral de estos trabajadores puede generar la propia existencia de estas situaciones de abuso, si se tiene en consideración, por un lado, las demandas de cuidado de las personas internadas y, por otro, la precariedad de su empleo (jóvenes, inmigrantes, contratos temporales, a los que no se les exige una gran capacitación profesional y los que, por ende, realizan el trabajo más duro)³³. En este sentido afirma Bazo que son factores de riesgo el «poco apoyo de la gerencia; falta de formación; recibir indicaciones inadecuadas; tener baja autoestima; tener bajos principios morales; trabajar asiladamente; escaso nivel en la gerencia; excesiva falta de personal; poca dirección del exterior; pobre comunicación con el mundo exterior»³⁴.

Más o menos en ello coincide Morera en su estudio sobre el perfil del maltratador de personas de edad avanzada internada en centros: «es perpetrado, generalmente, por personal auxiliar y la edad media es muy inferior al maltratador familiar (entre 25 y 35 años). Los casos de maltrato físico se asocian a una baja tolerancia a la agresividad del cuidador, así como la pobreza de elementos profesionales (escasa motivación, mala preparación y pobreza de recursos para afrontar la tarea). El maltrato psicológico, por su parte, se liga más a un déficit cultural, por el que se percibe a la persona mayor como alguien que va a morir, alguien a quien hay que hacérselo todo o como niños a quienes hay que reeducar. En este marco, el cuidador, establece una relación claramente asimétrica, a veces sólo paternalista, pero en

«carga» es precisamente «el primer y más esencial maltrato que sufre el anciano del que probablemente traen causa los demás». Véase: M. Herrera Moreno, ob. cit., p. 48.

³⁰R. Cario, ob. cit., p. 165 y ss; M. Herrera Moreno, ob. cit., p. 50.

³¹Véase al respecto: R. Cario, ob. cit., p. 153.

³²<http://www.igerontologico.com/salud/Temas/mtratos.htm>.

³³Por lo que –además- caso de que compruebe que un compañero somete a actos de violencia a los residentes a su cuidado, no se va a atrever a denunciar los hechos, por el miedo al cierre del centro y, por ende, a la pérdida de su propio puesto de trabajo. Véase M.T. Bazo, «Incidencia y prevalencia del maltrato de los mayores», en J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 47.

³⁴M.T. Bazo, ob. cit., p. 49.

muchas ocasiones dándose permiso para aplicar medidas limitadoras e incluso disciplinarias»³⁵.

Respecto a las características de los centros, tampoco existen datos suficientes como para realizar su retrato robot. En opinión de De Paúl y Larrión, a falta de sólidos estudios criminológicos que lo acrediten, «se suponen que serían más frecuentes los malos tratos en instituciones pequeñas, privadas o baratas»³⁶.

La mezcla de estos datos relativos a los sujetos -pasivos y activos- y a los centros, nos pone en la pista sobre la gravedad de la situación en que se encuentran estas personas especialmente vulnerables³⁷ y sobre la existencia de una amplia cifra oculta de criminalidad.

V. INCIDENCIAS DE LAS CARACTERÍSTICAS QUE SE PREDICEN DE LA PERSONA DE EDAD AVANZADA EN EL ÁMBITO PROCESAL

Esa misma situación determina que las personas que son sometidas a estos actos de maltrato no se atrean a denunciar, y prefieran guardar silencio por el miedo que tienen a hacer pública la situación, por la incertidumbre que les produce el no saber qué pasará una vez interpuesta la denuncia y por el riesgo de sufrir futuras represalias: pesa mucho sobre la mentalidad de estas personas denunciar a sus cuidadores que, en muchos casos, son sus propios hijos³⁸. Se trata pues de víctimas silenciosas³⁹ (todo ello con independencia de que parece que poco a poco va aumentando el número de denuncias⁴⁰). Por otro lado, la soledad en que se encuentran y en algunos casos, la propia incapacidad física de acudir a las instancias oficiales de control, también pueden estar contribuyendo a sostener estas situaciones en el tiempo⁴¹.

No obstante lo anterior, hay que tener en consideración que se trata de conductas que procesalmente no requieren la denuncia de la víctima⁴². Lo que determina que la cifra negra existente en esta materia se debe, no ya tanto al silencio que guardan las propias víctimas al respecto, sino al escaso apoyo que reciben de la sociedad en general, debido a la poca visibilidad que tiene para la opinión pública la vida de estas personas que bien residen a costa de los «cuidados» de sus familiares o lo hacen en estos centros geriátricos, opinión pública que se limita a hacerse eco –sacándolos de la oscuridad- de los casos en los que el anciano acaba en el hospital, o en el cementerio. Parece pues que todo el peso recae sobre familiares, trabajadores de los centros y, en particular, sobre los miembros del Cuerpo de Inspección de Servicios sociales, encargado de comprobar el cumplimiento de la legislación vigente⁴³.

Ahora bien, el hecho de que se interponga la denuncia, no determina –en todo caso- el castigo de los autores, pues en efecto, es preciso someter a prueba los hechos. Y en este

³⁵B. Morera, «Perfil psicológico del maltratador», en J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 99.

³⁶J. de Paúl y J.L. Larrión, ob. cit., p. 20.

³⁷T. Peters, «La policía y las víctimas del delito», en A. Beristain Ipiña (dir.), *Victimología*, ed. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2001, p. 40.

³⁸En el mismo sentido, respecto a los malos tratos que soportan en sus ámbitos familiares: D. Morillas Fernández, ob. cit., p. 3.

³⁹V. Mayordomo, «La responsabilidad penal del maltratador», en J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., p. 135.

⁴⁰Según los datos publicados por la Unidad de Atención y Protección a la Familia de la Policía Municipal de Madrid (*El Mundo*, 10 de febrero de 2002) a lo largo del año 2001 aumentó considerablemente el número de denuncias de personas de edad avanzada: «así, en el año 2000 esta unidad policial recibió 1618 requerimientos de juzgados entre órdenes y providencias, de las cuales 1076 estaban relacionados con la protección de víctimas de la violencia doméstica, balance muy superior al 2000, cuando estas intervenciones no llegaron a 300».

⁴¹Tampoco es de extrañar que los padres se acojan a su derecho a no declarar en el plenario cuando un hijo suyo es acusado en un proceso penal (artículos 707 y 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) a pesar de haber sido ellos mismos los que interpusieran la denuncia (SAP de Barcelona de 28 de noviembre de 2000 -ARP 2000/3.828).

⁴²Ni siquiera en la falta prevista en el art. 619. Véase L.O. Fernández-Delgado, ob. cit., p. 48.

⁴³Véase al respecto: L.O. Fernández-Delgado, ob. cit., p. 48.

sentido, de nuevo, las características del lugar en el que se producen y las de las personas implicadas en los mismos, pueden llegar a determinar la absolución. En efecto, todas estas conductas se llevan a cabo por lo común sin la presencia de otras personas ajenas a la relación existente entre maltratador y maltratado, con lo que en muchos casos, es difícil la práctica de la prueba de testigos distintos al propio denunciante y en los casos en los que sí existen dichos testigos, éstos se encuentran en la misma situación de miedo e incertidumbre que los anteriores: es decir, también son víctimas y por ende no son ajenos a la situación delictiva. En este punto, la jurisprudencia, consciente de las características criminológicas que rodean a este tipo de conductas ha admitido la condena en virtud del testimonio único de la víctima – tenga ésta la edad que tenga (entre otras, las SSTS de 11 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996/6.613) y 30 de enero de 1999 (*RJ* 1999/961)-.

Finalmente, hay que tener en consideración que también en muchos casos, las características que se asocian a esa fase de edad, pueden llegar a determinar la absolución o la condena de los imputados. En efecto, por un lado, en los casos que han llegado a los tribunales españoles se ha dado la coincidencia de que en cada uno de ellos, los sospechosos de someter a la persona de edad avanzada a este tipo de conductas han preparado una versión paralela: así, por ejemplo, que los hematomas y roturas de huesos que presenta la víctima lo son por caída accidental o por el deterioro natural producido por la avanzada edad (véase en este sentido, la SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 1999 -*ARP* 1999/5.358- y la de la Audiencia Provincial de Toledo de 29 de mayo de 2001 -*JUR* 2001/201.280), como consecuencia de la falsa asociación de ideas vejez, carga, y la posterior adjetivización de estas personas como inútiles y torpes⁴⁴. Los jueces han de saber rebatir estas tácticas de defensa procesal, obligando en todo caso a someter los hechos a prueba, no dándolos como ciertos por sí mismos. Por otro, desvirtuar la presunción constitucional de inocencia de los acusados exige como regla general constancia en el testimonio que preste; y en esta línea, muchas personas al alcanzar determinada edad, padecen pérdidas parciales de memoria. Piénsese ahora en el caso de quien acude a testificar a juicio y que va cambiando su testimonio sucesivamente: no otorgar valor probatorio alguno a su testimonio precisamente por la existencia de contradicciones, sin más, supone ignorar algo que es consustancial a la mayor edad, como ocurrió en el caso que examina la SAP de Tarragona de 11 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/78.919), en la que se absuelve de un delito de malos tratos habituales porque «son escasamente fiables los datos ofrecidos por dicha testigo, al haber estado salpicada su declaración de importantes contradicciones...».

VI. INCIDENCIA DE LAS CARACTERÍSTICAS QUE SE PREDICAN DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA EN LA CONFIGURACIÓN DEL INJUSTO

VI. 1 Introducción

Como se decía anteriormente, es preciso constatar que las propias características de estas personas y de la situación en que se encuentran influyen –mensurándolos- en la configuración de algunos elementos de la teoría del delito, lo que puede determinar –por ejemplo- que el autor de un encierro, o de unos golpes, quede exento de responsabilidad criminal, ya sea porque el comportamiento no sea típico o porque actúe de forma justificada. Así, si bien desde un punto de vista teórico, se puede decir que comete detenciones ilegales quien encierra o detiene a otro, privándole de su libertad, en el caso concreto, si la víctima es propensa a autolesionarse, la detención o el encierro pueden ser consideradas necesarias para evitar otros males; o si, como regla general, el hecho de que se modifique la medicación puede ser causa suficiente para causar la muerte, si producida ésta se constata que dicha modificación no es la causante del resultado, no habrá delito de homicidio por falta de

⁴⁴J. de Paúl y J.L. Larrión, ob. cit., p. 20; M. Herrera Moreno, ob. cit., p.48.

imputación objetiva del resultado. Por su trascendencia práctica, a continuación se analizarán las cuestiones relativas a la causación omisiva de los resultados típicos así como a los problemas que se plantean en sede de imputación objetiva⁴⁵.

VI.2 El comportamiento –activo u omisivo- causante del resultado

Como se decía anteriormente, en la definición de maltrato hacia las personas de edad avanzada se incluyen tanto comportamientos de carácter activo, como omisivo; si bien hay que tener en consideración que dadas las características físicas de estas personas es muy frecuente que baste con la omisión –el no llevar a cabo el comportamiento esperado por el ordenamiento jurídico- para alcanzar el resultado que en otros casos exige un gran esfuerzo físico: en efecto, como es sabido, para matar, lesionar, etc., dolosamente a una persona independiente hace falta más esfuerzo que para matar o lesionar a una persona dependiente, hasta el punto que en muchos casos, éstas últimas carecen de capacidad de respuesta por lo que basta con un no hacer para alcanzar el resultado deseado.

Según establece el art. 11 del Código penal, los delitos o faltas que hayan sido descritos por la ley de forma activa se entenderán cometidos por omisión, cuando la omisión sea equiparable a la acción según el sentido de la ley, tasando las fuentes de la posición de garante, entre las que, por lo que a este trabajo se refiere, es preciso destacar dos de ellas⁴⁶.

La primera, es la existencia de una obligación legal de actuar: de aquí cabe afirmar que la posición de garantía que tienen los hijos respecto de las personas de avanzada edad de su ámbito familiar tiene un origen legal en los artículos 142 y siguientes del Código civil –como señala la STS de 27 de octubre de 1997 (RJ 1997/7.250)-, en los que se regula la prestación de alimentos entre parientes cuyo contenido se extiende a «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica»; entre otras personas, el art. 143 considera beneficiarios de dicha prestación a los ascendientes y descendientes. Este origen legal de la posición de garante no impide que en determinados supuestos la misma se vea reforzada porque además el descendiente asuma en exclusividad el cuidado de su ascendiente y con posterioridad omita hacer frente al doble deber asumido. Así la STS de 27 de octubre de 1997 (RJ 1997/7.250) señala que la posición de garante del hijo respecto de la vida de su madre enferma queda fundamentada por dos veces: «tanto su obligación legal de prestar a su madre el indispensable sustento y asistencia médica... dado el desvalimiento absoluto en que se encontraba y la convivencia entre ambos, como la situación de riesgo creada al haber asumido personal y exclusivamente el cuidado de su madre, incapaz de valerse por sí misma, excluyendo cualquier tipo de atención externa».

⁴⁵Centrarnos en estas cuestiones no es más que fruto de las características de este trabajo, pues son muchos más las que en este sentido se plantean. Así, por ejemplo, si se tiene en consideración la interpretación que tradicionalmente viene realizando el Tribunal Supremo de la circunstancia agravante de alevosía, se concluirá con la afirmación de que la mayoría de las muertes violentas de las personas de edad avanzada que se encuentran desvalidas son constitutivas de asesinato y no mero homicidio por la innata falta de capacidad de defensa por parte de las mismas. La calificación de la muerte como asesinato conlleva automáticamente la imposición de una pena de prisión entre 15 y 20 años, en detrimento de la que le correspondería caso de haber sido calificada como mero homicidio (prisión de 10 a 15 años). La alevosía, según establece el art. 22.1 consiste en cometer cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su defensa pudiera proceder por parte del ofendido. No obstante, habría que exigir que el autor buscara –seleccionara- a dicha víctima, para evitar la aplicación mecánica por parte de los tribunales de esta circunstancia. Por otra parte, téngase en consideración que la muerte alevosa es por definición incompatible con la eutanasia o muerte a petición, regulada en el art. 143.4, figura que se configura a partir de la petición seria, expresa e inequívoca de quien no quiere vivir más en los supuestos en los que padezca una enfermedad que le conducirá necesariamente a la muerte, o padezca dolores o sufrimientos físicos o psíquicos de carácter grave.

⁴⁶La fuente de garante descrita en la letra b) del art. 11 –la creación del riesgo mediante una acción u omisión precedente- no plantea en los supuestos examinados ninguna problemática específica.

En la medida en que la posición de garante tiene ya en consideración la especial relación de parentesco que existe entre los sujetos activos y pasivos, la jurisprudencia viene entendiendo que violaría el principio *non bis in idem* la aplicación en este caso de la circunstancia mixta de parentesco (STS de 22 de enero de 2002 -RJ 2002/2.631-; SAP de Zaragoza de 24 de junio de 1996 ARP 1996/651-).

La segunda de las fuentes de la posición de garante que aquí interesa surge a través de la asunción contractual de la obligación de actuar. Esto es, se es garante de la vida, de la salud, etc., de las personas internadas en las residencias geriátricas cuando mediante la firma del contrato, se asume voluntariamente su cuidado, por lo que en caso de incumplimiento del deber asumido, nada impide *a priori* la imputación a través del mecanismo de la comisión por omisión de los concretos resultados constitutivos de delito que se produzcan a consecuencia de dicha omisión siempre y cuando además, la omisión sea equiparable a la acción descrita por el correspondiente tipo penal⁴⁷. No obstante, ha de tenerse en consideración que para imputar el resultado al autor es necesario que se actúe de forma dolosa o imprudente, pues como es sabido, en el ámbito penal no cabe la responsabilidad objetiva. A efectos penales, pues hay que olvidar lo establecido en el art. 1903 párrafo 4º del Código civil; dicha previsión sólo va a dar lugar a declarar responsable civil subsidiario en atención a lo dispuesto en el art. 120.3 y 4 del Código penal.

La cuestión que a continuación ha de solventarse es si, vista pues la existencia de distintos garantes de la seguridad de los internados dentro de la residencia geriátrica, quiénes de ellos habrán de responder de los delitos o faltas que sufran aquéllos, porque si bien por un lado, el director de la residencia firma con la persona de edad avanzada –o con su representante legal- el contrato sobre el que se va a llevar a cabo el internamiento y en virtud del cual se compromete a velar por su integridad, por otro, los trabajadores del centro firman con el director del mismo su contrato, en virtud del cual se obligan a cuidar de las personas que se encuentren en cada momento internadas. Puede decirse que la asunción voluntaria de obligaciones tanto de uno como de otros, les convierte conjuntamente en garantes de la seguridad personal de los internados. Los supuestos a los que se hace referencia son muchos: así, si un trabajador activamente lesiona –golpea- a una de las personas que depende de su cuidado, será castigado por un delito de lesiones en atención al concreto resultado producido; pero si deja de alimentar o de proporcionar la medicación a la persona interna y a consecuencia de su omisión se produce el menoscabo de la salud de la víctima, también se le castigará como autor de un delito de lesiones. La cuestión es si tanto en uno como en el otro caso, los otros garantes van a responder penalmente por los hechos que ha causado con su actuación el trabajador del centro que directamente actuó u omitió.

Por un lado, si el director del establecimiento conoce los hechos y, debiendo actuar por el contrato suscrito a velar por la integridad de las personas ingresadas, no hace nada y consiente la realización de los mismos, se entenderá que su omisión es equiparable a la acción –golpear- o a la omisión –dejar de alimentar o de proporcionar la medicación- y se le castigará por el delito de lesiones cometido en comisión por omisión. Si por el contrario, el responsable del centro desconoce –esto es, actúa sin dolo- los hechos que se están llevando a cabo en la residencia que dirige, no podrá imputárseles responsabilidad criminal, a no ser que

⁴⁷ Así, puede verse la STS de 27 de octubre de 1997 (RJ 1997/7.250), en la que se castigó a un hijo como autor de un delito de homicidio en comisión por omisión por la muerte de su madre; en ella se constata que «la salud de la enferma se fue quebrantando con el transcurso del tiempo y finalmente, al menos seis meses antes de su muerte, quedó postrada en la cama, dependiendo para todo de los cuidados que pudiera prestarle el procesado, quien se limitó a suministrarle una somera alimentación, omitiendo la más elemental limpieza de la enferma y permitiendo que permaneciese inmóvil durante un tiempo tan prolongado; consintiendo que se iniciase un progresivo, y a todas luces evidente, fenómeno de caquexia alimentaria y desnutrición sobre el cual fueron confluyendo las correspondientes infecciones, hasta que esta situación inhumana, la hizo entrar en un círculo de deterioro físico que finalmente la llevó a la muerte».

se pueda deducir que su comportamiento ha sido imprudente, es decir, que ha infringido la norma de cuidado, por ejemplo, en la selección del personal que en su centro trabaja o si, seleccionado en virtud de criterios de científicidad los trabajadores, no controla su actuación: el empresario tiene la obligación de controlar la fuente de peligro. Pero para ello, es preciso que esté tipificada la modalidad imprudente –y como se verá posteriormente, el legislador no siempre ha llevado a cabo el castigo de estas conductas.

Finalmente, responderán en comisión por omisión en concepto de coautor o de partícipe, el resto de trabajadores del establecimiento que a sabiendas de que uno de sus compañeros somete a actos de violencia a alguno de los internados, pudiendo hacerlo, no hace nada para evitarlo. El conocimiento de los hechos, las obligaciones asumidas contractualmente así como la posibilidad de actuar, elevarán a la consideración de autoría sus omisiones, en la medida en que desde un punto de vista inverso, puede decirse que, de haber actuado, el resultado constitutivo de delito no se hubiera producido: comparten pues el dominio del hecho. Relegar su papel al de mero partícipe supone ignorar la relevancia de su actuación, que todo lo más vendría a facilitar el castigo de aquellos delitos especiales en los que las condiciones de autoría exigidas por el tipo no concurrían en él⁴⁸.

La deducción del papel de garante en estos casos se lleva a cabo teniendo ya en consideración la inferioridad de la víctima y la correlativa superioridad del autor. Pues bien: común a todos los supuestos mencionados es que, en la medida en que el legislador incorpora en la descripción de las conductas típicas una situación en la que el sujeto activo se encuentra en una posición de superioridad, no podrá apreciarse como agravante la circunstancia prevista en el art. 22.2. Por lo mismo, tampoco podrá apreciarse la alevosía (art. 22.1)⁴⁹.

VI.3 La imputación objetiva del resultado

La producción de un resultado constitutivo de delito o falta doloso o imprudente no significa que en todo caso en el plano objetivo, se pueda imputar al comportamiento activo u omisivo del autor. En efecto, al curso causal que éste pone en marcha, puede acompañarle otros cursos causales paralelos que si bien no son conocidos por el primero, condicionan la producción del resultado. Por lo mismo, ha de tenerse en consideración las características de la persona que recibe la concreta agresión, pues en muchas ocasiones, la producción de uno o de otro resultado, va a terminar dependiendo de las mismas (por ejemplo, de su corpulencia o de su propia fuerza física). De ambas cuestiones se encarga en la actualidad las teorías de la imputación objetiva. Del conjunto de problemas que se plantean en este sentido, cobra especial relevancia la segunda de las cuestiones examinadas: esto es, hasta qué punto, las características personales de la víctima, pueden venir a mensurar la responsabilidad criminal del autor. En efecto, de la mano de los estudios victimológicos, desde hace unos años, la ciencia del Derecho penal se ha visto influenciada por una corriente de pensamiento, la Victimodogmática, que tiene en consideración la contribución de la víctima a través de su propio comportamiento en la comisión del delito (doloso o imprudente), para llegar a la conclusión de que en aquellos supuestos en los que la víctima abandone a su suerte al propio bien jurídico del que es titular, la intervención penal no ha de producirse⁵⁰. La novedad de

⁴⁸M. Acale Sánchez, «El niño como víctima de los malos trato en el ámbito familiar», en J. Soroeta Liceras (coord.), *Cursos de Derechos Humanos de Donosita-San Sebastián*, ed. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 22 y ss.

⁴⁹Cuestión que será analizada posteriormente.

⁵⁰J.M. Silva Sánchez, «Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en Derecho penal», en A. Beristain Ipiña, *Victimología*, cit., pp. 77 y ss; también del mismo autor publicado en el mismo volumen: «La victimodogmática en el Derecho español», pp. 195 y ss; G. Landrove Díaz, *Victimología*, cit., pp. 43 y ss. Véase J.M. Tamarit Sumalla, *La víctima en el Derecho penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 17 y ss. Ejemplo claro de estos planteamientos es la SAP de Murcia de 17 de abril (*JUR* 2002/155.275), en la que se señalaba que «en la configuración del elemento del delito de estafa se debe tener en cuenta el comportamiento de la víctima. El

estos planteamientos en sede dogmática ha de ser relativizada si se considera que la mayoría de los casos que la doctrina incluye dentro de este análisis victimodogmático del delito, podían quedar huérfanos de castigo por faltar la propia imputación objetiva del resultado producido a la acción u omisión llevada a cabo por el autor.

Pues bien: no son pocas las sentencias que recurren a las teorías de la imputación objetiva para eximir de responsabilidad criminal al autor de un delito en el que la víctima es una persona de edad avanzada que depende de los cuidados del autor. En este sentido, en la SAP de Toledo de 13 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/254.964) se absuelve por falta de pruebas de una falta de abandono de una persona desvalida mayor de edad, a la directora de la residencia donde se encontraba internada la víctima que sufrió en una ocasión deshidratación, y en otra se le apreciaron múltiples escaras al tener que ingresar en el hospital: «ni el episodio de deshidratación que en una ocasión sufrió la misma ni las múltiples escaras que presentaba al ser ingresada en el hospital, pueden serle imputadas a la directora de la residencia... Los dos episodios son desgraciadamente frecuentes en ancianos que pasan largas temporadas inmóviles (y la madre de la denunciante llevaba años en esa situación) pudiéndose afirmar sin temor a equivocarse, que precisamente uno de los mayores peligros de las largas enfermedades en ancianos, es precisamente el de la aparición de tan terribles lesiones que en ocasiones no mejoran con ningún tipo de tratamiento». Llama la atención que en el fallo no se haga referencia a la prueba practicada. Quizás el testimonio de la víctima –a pesar de su edad y de sus circunstancias- hubiera servido para que el juez probara el maltrato o una simple prueba pericial: no se hace referencia a nada más que a la denuncia de la hija de la víctima. El que en un «caso concreto» falten pruebas para determinar el motivo de las lesiones sufridas por la víctima no significa que como «regla general» las personas enfermas de determinadas edades, han de padecer por definición esas clases de «problemas» asociados a su postración. Téngase en consideración además que la situación de deshidratación pudo haberse analizado más pausadamente, en la medida en que por lo menos se podía haber dejado sentado que aunque incidan situaciones externas, como por ejemplo el calor, nada impide señalar que hubo un comportamiento imprudente por parte de la acusada, sobre quien recaía el deber de velar por el estado en que se encuentran las personas internadas y, precisamente, en épocas de mayor calor, mayor debió ser el cuidado para que esos resultados no se hubieran producido. Por otro lado, el que la producción imprudente de los mismos no sea típica, se pudo dejar sentado en la sentencia que más o menos se limitó a señalar que si no es del gusto de los familiares el tratamiento que reciben sus mayores en los centros, lo único que pueden hacer es sacarlos de allí. La decisión legislativa de sólo castigar la producción dolosa de estos resultados ha de ser criticada pues la frecuencia con la que los mismos se producen de forma imprudente, así como la severidad de los resultados que se producen, debe determinar su persecución penal. Por lo demás, el hecho de que salgan a relucir estos datos, debería dar lugar a una intervención administrativa del centro a fin de investigar los hechos, pues como se decía, el maltrato a las personas internadas de edad avanzada se vislumbra a través de hechos como estos (deshidratación, o escaras)⁵¹.

También recurre a la teoría de la imputación objetiva para absolver a los acusados, titulares de una residencia de ancianos, la SAP de Tarragona de 11 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/78.919): se analiza el tratamiento recibido por los internos en un centro en el que en el corto intervalo de unos meses, se sucedieron varios episodios con resultado de muerte de

Derecho penal, en este sentido, no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos». Igualmente afirma que si el engaño no es suficiente es que el sujeto «se ha dejado engañar por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible».

⁵¹Como afirma R. Cario (ob. cit., p. 176) a pesar de que no exista responsabilidad criminal, debería dar lugar a la persecución en la vía civil, sanitaria, social o laboral. Sobre esta cuestión véase S. Fernández Ramos, ob. cit., pp. 141 y ss.

cuatro de las personas internadas, entre otros hechos. La acusación imputaba delitos de homicidio por sobremedicación por las muertes producidas, detenciones ilegales por los encierros injustificados que padecían y por mal trato; no obstante, la sentencia absuelve a todos los imputados de responsabilidad criminal, en atención a distintos argumentos, entre otros, la imposibilidad de establecer la imputación objetiva de los resultados a los comportamientos llevados a cabo por los acusados. Antes de pasar a analizar el contenido de dicho fallo es preciso señalar que el hecho de que se trate de personas de edad avanzada, que tienen además perjudicada su salud, hace muy difícil imputar su muerte a un concreto acto, ya que en todo caso, éste no es más que un factor concurrente, pero nada impide que los esfuerzos en sede judicial se dirijan precisamente a aclarar estos datos. Por ello, es tan necesaria en esta sede la prueba del incremento del riesgo de producción del resultado, análisis que se obvia en todos los siguientes casos, lo que determinó la absolución en vez de – en su caso- del castigo por el resultado de lesiones indudablemente producido. El fallo absolutorio es ciertamente arriesgado, en la medida en que en el ámbito de las pruebas, se reconoce que «los resultados analíticos que se obtenga, especialmente los cuantitativos, deben interpretarse con especial cautela, debido a los problemas inherentes a las muestras, metabolización del producto, al tiempo transcurrido, y a las condiciones de conservación», y ello a pesar de que los médicos forenses reconocieron que «cuando cogieron las muestras para su remisión al Instituto nacional de Toxicología, no tenían medios para la refrigeración». Por otro lado, también se afirma en relación con la muerte de uno de los ancianos que «al ser un alcohólico crónico, tenía disminuidos sus glóbulos blancos y a consecuencia de ello una tendencia muy frecuente a la neumonía» y que en relación con otra de las fallecidas para probar que la ingestión excesiva de benzodiazepinas era necesario que la víctima «hubiese sobrevivido mucho tiempo al accidente y que aquí hubo muy pocos días de evolución». Así mismo, respecto a la muerte de otras de las mujeres internadas, se afirma que el hecho de que no la hubieran ingresado en el hospital para curar la neumonía de la que finalmente falleció, no fue causante de la misma pues de haberla llevado, «también podía haber muerto». Y que otra de las internadas –Concepción- «se puso ella misma en grave riesgo al negarse en el Hospital Juan XXIII a ser amputada», con lo que en este caso se recurre a la autopuesta en peligro para eximir de responsabilidad criminal. Como se decía, si se entiende que los concretos resultados de muerte no pueden ser imputados a las acciones y omisiones llevadas a cabo por los autores, nada debería haber impedido el castigo con los delitos de lesiones que indudablemente se causaron, pues en ningún caso se ha procedido a analizar el incremento del riesgo.

VII. DELITOS QUE PROTEGEN GENÉRICAMENTE A LA PERSONA DE EDAD AVANZADA

VII.1 Delitos contra la libertad

En muchos casos, cuando la familia decide proceder al internamiento de la persona de edad avanzada en un centro para recibir allí sus cuidados, la voluntad de éste no es tenida en consideración. Con ello, se entra en el análisis de los eventuales delitos contra su libertad ambulatoria. La dificultad que en términos generales encierra la distinción entre las distintas formas de atacar contra dicho bien jurídico –amenazas, coacciones y detenciones ilegales- se multiplican en este caso en la medida en que el internamiento constituye un acto que perdura en el tiempo, durante el cual siguen consumándose también las distintas conductas típicas.

Así, si se intenta «convencer» a la persona mayor para que tome «voluntariamente» la decisión de ingresar en un centro geriátrico con violencia, se estará ante un delito de coacciones del art. 172, siempre que en ese momento adopte la decisión de ingresar en el mencionado centro y siempre que la coacción sea grave. Si la coacción es leve y el mayor hasta ese momento convive con el autor y además se prueba su especial vulnerabilidad, será

de aplicación el delito de coacción leve del número 2 del art. 172, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género. Si, por el contrario, en el momento en el que se producen los hechos no existe convivencia entre ambos, y la coacción es leve, habrá que castigar la conducta a través de la falta de vejaciones del art. 620. Habría amenazas si se le conmina a la persona de edad avanzada a ingresar en la residencia pública o privada bajo la amenaza de causarle un mal constitutivo de delito (art. 169) –sea o no condicional- o un mal no constitutivo de delito –en cuyo caso, como es sabido, siempre ha de ser condicional (art. 171.1). Si la amenaza es leve y existe convivencia con el especialmente vulnerable, se recurrirá a la pena del art. 171.4. Si por el contrario, la amenaza es leve y no existía convivencia entre ambos, habrá que recurrir a la falta de amenazas leves del art. 620.

Dejando a un lado estos atentados contra la libertad que se producen en momentos previos al internamiento, es preciso analizar si en aquellos casos en los que no existe consentimiento de la persona mayor de edad, tenga o no representante legal, cabe hablar de un delito de detenciones ilegales. Si falta el consentimiento de la persona mayor de edad –porque pudiendo consentir, se ha negado a ello-, habrá delito de detenciones ilegales, en el que en la medida en que se trata de un bien jurídico de carácter permanente, la afección al mismo, y por ende la consumación, se prolongará durante todo el tiempo que dure la privación de libertad, lo que va a permitir ampliar el círculo de autores y partícipes a otras personas que sin haber participado en el acto previo de privación de libertad, mantengan al detenido en esas condiciones (con lo cual se está afirmando que en algunos supuestos cabrá hacer responsable del delito de detenciones ilegales tanto al familiar que, en contra del consentimiento de la persona de edad avanzada, lo «encierra» en la residencia, así como al personal de la misma, que a sabiendas de que falta el consentimiento, colaboran con al familia en la prosecución de la privación de libertad). Pero si dicha falta de consentimiento se debe precisamente a la imposibilidad por parte del mayor de edad para prestarlo, la respuesta cambia. La doctrina civilista ha venido discutiendo desde tiempo atrás si en estos casos era necesaria la intervención del juez⁵² en atención a lo establecido en los artículos 211 del Código civil y 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ya antes de 2006 afirmaba Delgado Cordero que «el internamiento no voluntario, en la medida que parte de la premisa de que la persona no puede gobernare por sí misma, requiere en todo caso de autorización judicial, se haya nombrado o no tutor o curador a la misma»⁵³. La discusión ha venido a menos tras la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y

⁵²En extenso, véase: I. Zurita Martín, *Protección civil de la ancianidad*, cit., pp. 183 y ss; de la misma, «El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales», cit., pp. 27 y ss. Véase también A. Roma Valdés y M.L. Carreiras Souto, «El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico», en www.fiscalia.org; L.F. Barrio Flores, «Ingresos geriátricos: fundamento y garantías», en www.ajs.es, p. 1 y ss. La doctrina civilista ha examinado la posibilidad de recurrir al procedimiento de *habeas corpus* cuando se lleve a cabo el encierro de una persona sin su consentimiento dada la similitud existente entre el internamiento en el centro y una detención ilegal: «en consecuencia, se puede obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial de cualquier persona que esté detenida ilegalmente» (p. 190). Si se desvincula el procedimiento de *habeas corpus* de las detenciones ilegales practicadas por la policía, y se amplía pues su objetivo a cualquier detención ilegal practicada por particular –sea persona física o jurídica- o por funcionario público no perteneciente a los cuerpos y fuerzas de seguridad, en el entendimiento de que tanto el art. 17.4 de la Constitución así el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 2 de mayo, Reguladora del Procedimiento de *Habeas Corpus* no vinculan una y otra cosa, podrá entenderse que nada se opone a la incoación del expediente, cuando una persona haya sido privada de libertad ilegalmente y haya sido internada en un centro geriátrico. Véase también R. Ramírez Ruiz, «Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso», *X Jornadas Aequitas*, «Derecho y situaciones de discapacidad», www.aequitas.org, p. 10; R.M. de Couto Gálvez, *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores*, ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, pp. 43 y ss.

⁵³A.M. Delgado Cordero, «Calidad de vida de las personas mayores: el internamiento», en *PORTULARIA*, 2004-4, p. 212.

Atención a las personas en situación de dependencia, en la que se reconoce entre los derechos de los que son titulares las personas en situación de dependencia –con carácter especial- el de «decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial», así como el derecho al «ejercicio de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio», lo que termina con la polémica mantenida por la doctrina civilista en torno a si era o no necesario la intervención de un procedimiento judicial.

En el ámbito penal, el caso que, particularmente, presenta más espinas es el de la persona que no habiendo sido incapacitada civilmente, pero reuniendo los requisitos para ello, sea ingresada por sus familiares en el centro geriátrico. En estos supuestos afirmar la existencia de un delito de detenciones ilegales parece ir en contra de la autonomía con la que se mueve el Derecho penal dentro del ordenamiento jurídico. La falta de declaración civil no puede hacer olvidar que materialmente se encontraría en las mismas circunstancias que los incapaces y por tanto, no habría delito de detenciones ilegales.

Finalmente, en la medida en que tanto los delitos de coacciones, detenciones ilegales y amenazas protegen el mismo bien jurídico, habrá que considerar preferente el delito de detenciones ilegales al ser éste especial en relación a los genéricos de amenazas o coacciones en la medida en que aunque afecten al mismo bien jurídico, en él la forma de atentar contra el mismo queda expresamente señalada por la ley: esto es, se priva de libertad «encerrando» o «deteniendo» (art. 163). No obstante, si es posible establecer una separación en el tiempo entre sendas conductas, podrá apreciarse el correspondiente concurso real de delitos en aquellos supuestos en los que en determinada ocasión se ejerza violencia (coacciones) o intimidación (amenazas) sobre el mayor de edad para que adopte la decisión de ingresar en un centro geriátrico y el posterior delito de detenciones ilegales que se lleve a cabo cuando se produzca –en efecto- el internamiento.

Pero el estudio de los delitos de detenciones ilegales no queda reducido al momento en el que se lleva cabo el internamiento. También cabe detener ilegalmente a personas que voluntariamente o con autorización judicial han sido internadas en los centros geriátricos. Sería el supuesto analizado en la SAP de Tarragona de 11 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/78.919): dos mujeres internadas en una residencia eran normalmente amarradas a la cama por las muñecas y por la cintura, constatándose como muchas veces además eran encerradas con llave en su habitación. En este caso, se absolvió a los acusados de los delitos contra la libertad ambulatoria imputados, en la medida en que el juez entendió que una persona que padece demencia senil «presenta alteraciones neurológicas, pudiendo caerse de la cama, lesionarse, agredir a los demás e incluso escaparse». Por estos motivos, entiende que estaba justificado el hecho de atar a la cama, pero el razonamiento es confuso: «si bien puede ser calificada de equivocada la actuación de los acusados al no limitarse a atar o sujetar a M.C., sino que después de atarla además cerraban la puerta con llave y así evitar que pudiera en caso desatarse salir de la habitación, o incluso de excesiva o de haber sobrepasado los límites de lo permitido, la misma ha de reputarse en todo caso de «atípica», en tanto no es factible la comisión culposa o imprudente del delito de detención ilegal. La sentencia en este punto confunde varias cosas: en primer lugar, la conducta es dolosa en todo caso, pues se priva de libertad a las víctimas mediante encierro y detención; pero es que, además, la conducta no sólo es típica a los efectos del delito de detenciones ilegales, sino que debió, en todo caso, haber dado lugar al castigo por dicho delito y apreciando un estado de necesidad incompleto (pues aunque se pueda «justificar» el hecho de amarrarlas a la cama, en ningún caso de puede hacer lo mismo con el hecho de encerrarlas en su habitación con llave, que debería haber dado lugar a la mera atenuación de la pena).

VII.2 Delitos contra la libertad sexual

Las distintas definiciones de maltrato hacia la persona mayor de edad internada en un centro geriátrico vienen a coincidir en que dentro de las modalidades de maltrato han de incluirse también los atentados contra la libertad sexual. Si bien esto es cierto desde un punto de vista teórico, en la práctica cede su importancia, en la medida en que según los datos que se deducen de los repertorios jurisprudenciales más habituales, en España no existen sentencias en las que se enjuicien hechos como los mencionados⁵⁴.

A pesar de ello, hay que tener en consideración que tanto el delito de agresión como el de abuso sexual, una vez que se han descrito los correspondientes tipos básicos en los artículos 178 y 181.1 agravan la pena «cuando la víctima sea especialmente vulnerable» en atención a una serie de pautas, entre las que se encuentra «su edad, enfermedad o situación», bastando para la agravación con que concorra uno de los tres criterios mencionados, aunque obviamente, nada impide que confluyan en un mismo caso, poniéndose con ello de manifiesto la especial vulnerabilidad de tan singular víctima.

Si se analiza detenidamente, en el caso de las personas de edad avanzada internadas en residencias geriátricas, parece que *a priori*, serían varios los criterios que determinarían la especial vulnerabilidad de la víctima si fueran sometidas con violencia o intimidación o sin su consentimiento a actos de contenido sexual. En este sentido, habría que tener en cuenta que por su «edad» y por necesitar apoyo ajeno –en muchos casos por padecer enfermedades- se encuentran internados en el mismo. También si están enfermas, y en relación a las internadas, por su situación, pues el mero hecho del internamiento las coloca en situación de vulnerabilidad (falta de familiares, limitación de su libertad personal, etc.).

Nótese la situación que se produce en este caso, pues si bien, como se ha visto con anterioridad a la hora de analizar el concepto de persona de edad avanzada que dependa de los cuidados ajenos para sobrevivir, se decía que al Código penal no le bastaba con la edad avanzada de la víctima, en la medida en que la vejez en sí misma no podía ser considerada bien jurídico protegido, cuando de delitos contra la libertad sexual se trata, la letra de la ley se limita a agravar la pena en atención a la «edad» –junto a la enfermedad y a la situación-. A pesar de ello, la jurisprudencia ha venido a precisar en estos casos que no basta con tener más o menos edad, sino que es preciso que condicione su especial vulnerabilidad. En este sentido, la STS 12 de febrero de 1998 (RJ 1998/45) ha afirmado que una persona es especialmente vulnerable por su avanzada y por su corta edad, de forma que cuando una persona de mayor edad sea víctima de una agresión o abuso sexual, la pena será la establecida en los artículos 180 y 182⁵⁵. Si se observa, la especial vulnerabilidad de la víctima ha de hacer más fácil la ejecución del delito de contenido sexual. Por ello, y al margen de los problemas de delimitación del concepto de intimidación en las agresiones sexuales de lo que sea especial vulnerabilidad de la víctima, en estos casos «se produce una situación de indefensión asimilable materialmente a la alevosía»⁵⁶, que impide en estos casos su apreciación así como del abuso de superioridad –que no es más que una mini alevosía- pues sería un *bis in idem*.

VII.3 Delitos contra el patrimonio

Dentro de las definiciones de maltrato hacia las personas de edad avanzada, se incluyen comúnmente los atentados contra su patrimonio⁵⁷. En este sentido, autor de los

⁵⁴En Italia puede verse la Sentencia de 24 de noviembre de 1982 del Tribunal de Mestre, en la que entre otros hechos, los cuidadores de un centro gerontológico sometían a actos de contenido sexual a alguno de los internos.

⁵⁵F. Morales Prats y R. García Alberó, «Delitos contra la libertad sexual», en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 304.

⁵⁶F. Morales Prats y R. García Alberó ob. cit., p. 304.

⁵⁷Si estos delitos son realizados por las personas a las que se hace referencia en el art. 268 y con los requisitos allí señalados opera el parentesco con carácter de exención de la responsabilidad criminal. Por tanto, estas cláusulas que tienen en consideración las relaciones de la víctima con el agresor van a ser de aplicación en los supuestos en los que se dé un grado de parentesco distinto al exigido por el art. 268, o dándose éste, no exista

mismos pueden serlo desde los propios familiares de los que dependan aquellas, a las personas encargadas de las residencias donde se encuentren internadas, cuando con intención, por ejemplo, de quedarse con el monto total de sus pensiones, les engañan, manipulan o intentan obtener un beneficio personal en su testamento. No obstante, en estos casos, más que la edad, o solamente la edad, parece que se está teniendo en consideración que la convivencia y la cercanía entre agresores y agredidos facilita con mucho el acceso a los objetos materiales de los delitos. En efecto, el Código penal agrava la pena en el art. 235.4 si el hurto si se lleva a cabo «abusando de las circunstancias personales de la víctima». Estas circunstancias se encuentran relacionadas con la genérica de abuso de confianza (art. 22.6) con lo que de nuevo, de apreciarse el abuso de las condiciones personales de la víctima, no se podrá aplicar simultáneamente la circunstancia agravante genérica.

Las condiciones personales de la víctima a tener en consideración en este punto no pueden ser el aprovechamiento de la ignorancia o torpeza, pues como afirma Quintero Olivares, «daría seguramente vida a un delito de estafa»⁵⁸, sino a otras características de la víctima, esto es, en atención a «la edad» o a una «condición física que impide a la víctima reaccionar»⁵⁹.

Por su parte, el art. 249 gradúa la pena del delito de estafa teniendo en consideración, entre otros criterios, «las relaciones entre éste y el defraudador». Ciertamente, si el precepto castiga a los que «con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno», las relaciones entre estafador y estafado van a ser determinantes de la cantidad de engaño suficiente para provocar el error, en la medida en que se abuse de la relación de confianza existente. En este caso, el legislador señala expresamente al juez cuáles son los criterios que ha de utilizar para determinar la pena a imponer, aunque con carácter meramente ejemplificativo, pues junto al citado, añade como otros criterios a tener en consideración «cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción». Ahora bien, lo que no es comprensible es que siendo criterio que expresamente determina la existencia del engaño y por ende, del elemento desencadenante del delito de estafa, el art. 250.7 agrave la pena cuando la estafa «se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional». Como afirman Valle Muñiz/Quintero Olivares «en aras al debido respeto al principio *non bis in idem*, el juez deberá descartar la apreciación de la agravante cuando en el juicio sobre la relevancia típica del engaño se haya tenido ya en cuenta el abuso de las relaciones personales o el aprovechamiento de la credibilidad empresarial o profesional»⁶⁰. En parecidos términos se manifiesta Muñoz Conde si bien entiende que esta agravación sería aplicable en los supuestos en los que la relación sea de especial confianza «como la de la anciana que confía el cobro de su pensión al director de la institución en la que reside»⁶¹.

Varias son las sentencias que analizan esta cuestión en relación con el internamiento en centros geriátricos. En particular, el delito de estafa requiere la existencia de un engaño que ponga en situación de error a un tercero, que como consecuencia de aquél realiza un acto de disposición patrimonial que le causa un daño a él mismo o a un tercero. En este sentido, el

convivencia, o se trate de personas que no sean parientes y abusen de la confianza en ellos depositada. Véase J.M. Escrivá, «Aproximación desde el Derecho penal: la estafa», en C. Villagrasa Alcaide (coord.), *El envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*, ed. Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 156 y ss.

⁵⁸G. Quintero Olivares, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.), ob. cit., p. 670.

⁵⁹G. Quintero Olivares, ob. cit., p. 670.

⁶⁰J.M. Valle Muñiz y G. Quintero Olivares, «De las defraudaciones», en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.), ob. cit., p. 643.

⁶¹F. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 405.

engaño ha de ser el motor que provoque la situación de error y el posterior desencadenamiento del resto de elementos del delito de estafa. ¿Qué cantidad de engaño es necesaria para que exista estafa? Ha de tenerse en consideración que se ha pasado de un concepto objetivo, entendido como el engaño para una persona media, a un concepto subjetivo, en virtud del cual, habrá que tener en consideración tanto las características del sujeto pasivo, como las de la relación en la que se produce aquél. Así, no va a ser necesaria la misma cantidad de engaño para situar en situación de error al joyero, que a quien simplemente le gusta las joyas. O lo que es lo mismo, en muchos casos, la cantidad de engaño necesaria para poner en situación de error a la persona mayor de edad que se encuentra necesitada de ayuda, va a ser inferior a la que se necesita para poner en semejante situación a cualquier otra persona de distintas características (por ejemplo, una persona más joven, o una persona de la misma edad que sin embargo no se encuentre en una situación de necesidad). Por ello va a ser el juez en el caso concreto el que analice los datos concurrentes. Y en esta línea, la SAP de Murcia de 17 de abril (*JUR* 2002/155.275) analiza si constituye o no un delito de estafa los siguientes hechos: los acusados decidieron poner en marcha una residencia de ancianos adquiriendo para ello un local que con anterioridad había sido hostel; solicitada la licencia de apertura, ésta fue denegada por no cumplir con los requisitos necesarios. A sabiendas de ello, ingresaron en el centro una pluralidad de personas, que entregaban a los acusados sus pensiones. La sentencia concluye afirmando que no existe estafa porque no había engaño, pues constata que las personas que allí internaron lo hicieron «bien voluntariamente o por decisión de sus familiares»⁶². En vez de concluir en este punto el estudio, la sentencia se sumerge en el mundo de la victimodogmática, esto en el papel que ha de tener el comportamiento de la víctima. En este sentido afirma que «si se ha dejado engañar por haber obrado con la mínima desconfianza exigible», el Derecho penal no debe intervenir.

Todo lo anterior conduce a afirmar que para analizar si ha existido engaño o no se deberán tener en consideración de las características de la concreta víctima. Si a pesar de ello, por dichas características no puede apreciarse la existencia de engaño, nada impide que se analice la existencia de otro delito contra el patrimonio y, todo ello, con independencia de que civilmente se reclamen las cantidades.

VII.4 La sobremedicación

El Código penal español no tipifica las conductas relativas a la sobremedicación de forma expresa. Sí lo hace por el contrario el Código penal italiano dentro de la sección III («delitos contra la libertad moral»), del Capítulo III («delitos contra la libertad individual») del Título XII («delitos contra la persona») como una modalidad del delito de violencia privada –equiparable a las coacciones del Código penal español– en el art. 613 la provocación de estado de incapacidad mediante violencia, en los siguientes términos: «el que, mediante hipnosis o durante el sueño, o mediante el suministro de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o de cualquier otro modo, deja a una persona sin sentido, en un estado de incapacidad de entender o de querer, será castigado con la pena de reclusión de hasta un año»⁶³. Ciertamente, la identificación del bien jurídico protegido en este caso no es sencilla

⁶²Reclama la inclusión en el Código penal italiano de un tipo penal que específicamente castigue la apertura de centros sin cumplir los requisitos legales exigidos: E. Brugone, «Maltrattamenti di anziani cronici non autosufficienti ricoverati in strutture di assistenza: rilievi penale», cit. recordando que en 1994 se eliminó el art. 665 del Código penal italiano en el que se castigaba a quien «abre o dirige agencias de negocios y ejercicios públicos no autorizados o prohibidos...».

⁶³Véase: E. Dolcini y G. Marinuci, *Codice penale commentato*, ed. Ipsoa, 2006, p. 4299; M. Papa, *I reati contro la persona*, ed. UTET, 2000, pp. 413 y ss; T. Padovani, *Codice penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2005, pp. 612 y ss; G. Lattanzi y E. Luppo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, ed. AG, 2004, pp. 196 y ss; A. Cattedra, E. Venga y M. Cattedra, «Statu d'incapacità procurato mediante violenza», en *Rivista penale*, 1980-3, pp. 193 y ss.

pues si bien, por un lado, basta comprobar su ubicación sistemática para afirmar que se trata de una modalidad más de coacciones y que por tanto afecta a la libertad –que en el ordenamiento jurídico italiano se califica como «moral»⁶⁴- pero a su vez, si se tiene en consideración que se anula la voluntad de la persona, esto es, se la reduce a la condición de mera cosa. En este sentido, afirman Cattedra, Venga y Cattedra que aunque el objeto material afectado pueda ser la privación de libertad física, es decir «de los movimientos del sujeto pasivo del delito», el bien jurídico protegido es la «privación de la libertad en sentido psíquico, es decir, al capacidad de entender y de querer».

El hecho de que el Código penal español no tipifique de forma expresa esta conducta no significa que no pueda ser castigada penalmente. No obstante, la solución no es simple. En efecto, la sobremedicación puede ser vista desde una doble perspectiva. En primer lugar, cuando se sobremedica a una persona con la intención de que no moleste, se actúa con la finalidad de reducirla a la condición de cosa, objeto o fardo, o lo que es lo mismo, se está negando su dignidad como persona. Y esta es la esencia de los delitos de trato degradante del art. 173.1 del Código: ya antes de la aprobación del Código de 1995 aventuró esta definición del trato degradante la STS de 23 de marzo de 1993 (*RJ* 1993/2.414). En este caso, en la medida en que se trata de un delito de mera actividad, se castigaría por someter a la víctima a ese trato degradante, sin tener en consideración el resultado material producido, separado de la acción. Y la pena que le corresponde al autor es la de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio, según señala el art. 177, de que «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley». El hecho de que no se haga referencia expresa a los delitos contra la libertad, no ha de significar que no quepa apreciar el concurso entre éstos y los de trato degradante, pues sin duda alguna, lo que sí deja claro el art. 177 in fine es que cabe apreciar dicha relación concursal cuando se atente –además de contra todos los bienes jurídicos a los que expresamente hace referencia- contra «bienes de la víctima –o de un tercero»⁶⁵.

Pero si se tiene en consideración el efecto que provoca sobre la persona que sufre la sobremedicación, habrá que afirmar además, que se afecta a su libertad ambulatoria, no ya como mero delito de coacciones, sino como un delito de detenciones ilegales, pues sin duda alguna se le priva de libertad mediante detención. En este caso la pena es de prisión de cuatro a seis años.

Esto nos pone en la tesitura bien de admitir que los delitos de trato degradante y de detenciones ilegales entrarían en concurso de normas, que se solventaría aplicando en todo caso el delito de detenciones ilegales que es el que dispone la pena de prisión más elevada, o bien entender que ambos preceptos entrarían en concurso ideal de delitos. La previsión contenida en el art. 177 viene a apoyar esta segunda postura: dotando a la integridad moral de valor como bien jurídico protegido en sí misma considerada.

Ha de tenerse no obstante en consideración que esta es la valoración que merece el acto singular de sobremedicación: ahora bien, si se trata de una conducta que se produce habitualmente, ya sea en el ámbito familiar o en ámbito de los centros públicos o privados

⁶⁴Aunque nada tiene que ver con la integridad moral como bien jurídico protegido en el Código español, en la medida en que si se analizan el resto de figuras delictivas que rodean en el Código italiano al art. 613 se comprenderá que, las que equivalen a las torturas y otros actos degradantes castigados por el Código español, en el italiano están consideradas como delitos «contra la personalidad» (dentro de las que se incluyen, el sometimiento a condiciones de esclavitud y la trata de personas).

⁶⁵ Véase al respecto: J.M. Tamarit Sumilla, «Comentario al art. 177», en G. Quintero Olivares (coord.) y F. MORALES PRATS (coord.), ob. cit., p. 280.

para personas de edad avanzada que requieren de cuidados ajenos, además, habrá que recurrir al concurso con el delito de malos tratos habituales del art. 173.2, en atención a la definición de habitualidad del número 3º del art. 173⁶⁶.

VIII. DELITOS Y FALTAS QUE TIENEN EN ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA PERSONA DE EDAD AVANZADA

VIII.1 Introducción

Al margen ya de estas previsiones genéricas en virtud de las cuales de forma indirecta se acerca el Código penal a las personas de edad avanzada, hay que señalar que existen en particular tres grupos de figuras delictivas en las que se las tiene en especial consideración: el primero es el delito de abandono de familia (art. 226), que como su propio nombre indica reduce su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que entre la víctima y el agresor existen estos concretos lazos; el segundo, la falta de abandono de la persona desvalida que dependa de los cuidados del sujeto activo (art. 619), sin que se especifique en forma alguna si se depende por vínculos familiares o laborales o de prestación de servicios, y, finalmente, el delito de malos tratos físicos o psíquicos sobre «ascendientes» o sobre «personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados» ya se trate de un maltrato singular (artículos 153, 171.5, 172.2) o habitual (art. 173.2).

El hecho que cada una de estas figuras haya llegado al Código en distinto momento, hace que exista un indudable solapamiento entre ellas, teniendo además en consideración que unas son delitos y otra, mera falta y, como es sabido, existen amplias diferencias penales y procesales entre ambas clases de infracciones penales. Así, por lo que se refiere a las faltas, les corresponde pena leve, no se inscriben en el Registro central de penados y rebeldes, por lo que no crean antecedente penal; su comisión no provoca que se levante la suspensión previamente concedida por otro delito, ni da lugar a la apreciación en futuros delitos de la agravante de reincidencia; la determinación de la pena no se somete a las reglas de los artículos 66 y siguientes; el plazo de suspensión de la pena es menor; no cabe prisión provisional por falta, etc. A los delitos, por el contrario, les corresponde las penas más graves (entre las que se encuentra la de prisión), se inscribe el antecedente en el Registro central de penados y rebeldes; la comisión de un nuevo delito provoca que se levante la suspensión previamente concedida; da lugar frente a futuros delitos a la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia; se determina la pena en atención a las reglas de los artículos 66 y siguientes; el plazo de suspensión de la pena es mayor que en las faltas, etc.

VIII.2 El delito de abandono de familia

El art. 226 del Código se encuentra ubicado en la Sección segunda («del abandono de familia, menores e incapaces») del Capítulo III («de los delitos contra los derechos y deberes familiares») del Título XII («delitos contra las relaciones familiares») del Libro II. Antes de la aprobación del Código de 1995 estos delitos se encontraban dispersos en el seno del texto punitivo, a pesar de que doctrina y jurisprudencia venían entendiendo que los mismos afectaban a las relaciones familiares (STS 26 de abril de 1988 –*RJ* 1988/2.880). La ubicación de todos ellos bajo el referente reclamado pone de manifiesto que el bien jurídico protegido es

⁶⁶Por lo mismo, como afirman A. Cattedra, E. Venga y M. Cattedra (ob. cit., p. 196) si la sobremedicación ocasiona la muerte, nada impide que se castiguen ambos actos separadamente. En la jurisprudencia española, puede verse el análisis que se lleva a cabo de la sobremedicación como causante de la muerte de varias personas la SAP de Tarragona de 11 de diciembre de 2000 [*JUR* 2001/78.919] en la que se concluye que no cabe imputar el resultado a la acción por la imposibilidad de establecer entre una y otro la imputación objetiva.

común⁶⁷. En particular, el delito de abandono de familia se ubicaba en el anterior Código dentro de los delitos contra la seguridad. En este sentido se entendía que cuando una persona dejaba de hacer frente a los deberes de custodia que le imponía el Código civil sobre sus hijos, cónyuges o ascendientes los exponía a una situación de «inseguridad» en torno a su propia situación personal, esto es, el «incierto destino» al que se refería la STS de 3 de marzo de 1987 (*RJ* 1987/1.856). Sin embargo, como se decía, el Código actual los ha unificados a todos ellos bajo el referente relaciones familiares, en particular, el abandono de familia se considera que atenta contra los derechos y deberes familiares. Ello no significa que la situación de inseguridad personal de los miembros de la familia haya dejado de estar en la base de la configuración del injusto. Lo verdaderamente trascendente a estos efectos es que dicha situación –que se sigue produciendo– no es consecuencia del abandono llevado a cabo por un extraño, ni por una institución pública, sino por un miembro de la familia al que civilmente se le imponen deberes de guarda. Desde esta perspectiva ha de entenderse que los vínculos parentales hacen surgir entre las personas por él unidas un sentimiento de seguridad, lo que entre otras cosas determina que ante una situación de infortunio se confíe en que no van a ser abandonados a su propia suerte: esto es lo que pretende el Código civil con la regulación de la prestación de alimentos.

Delimitado el bien jurídico, puede afirmarse que cuando un sujeto incumple los deberes de asistencia que se le impone legalmente con los requisitos típicos recogidos en el art. 226, se lesiona el bien jurídico protegido «relaciones familiares» (STS de 10 de diciembre de 1991 –*RJ* 1991/9.118); con todo, la violación de aquéllos no ha de suponer de forma automática la comisión del delito examinado, pues como viene exigiendo la jurisprudencia, en virtud del principio de intervención mínima, no ha de bastar cualquier incumplimiento sino sólo los más graves, gravedad que entre otros criterios se mensura por la permanencia en la omisión. Por ello, reconoce la STS de 21 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7.193) que ha de otorgarse gran trascendencia siempre «al desenvolvimiento de la conducta del acusado, hasta su enjuiciamiento». La STS de 5 de abril de 1988 (*RJ* 1988/2.715) establece que el abandono ha de ser «porfiado y persistente y no esporádico o transitorio, y completo, esto es, que no implique un cumplimiento moroso o parcial sino la cesación total del cumplimiento de los deberes reseñados...»: se impone pues –STS de 10 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9.118)– una interpretación restrictiva del delito examinado.

El art. 226 se refiere a dos comportamientos omisivos que incumplen unos deberes familiares tasados: en primer lugar, castiga al que deja de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar y, en segundo lugar, al que deje de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados. La pena en todo caso es la misma: prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, además de la imposición potestativa de la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

Es un tipo penal especial desde el punto de vista de los sujetos implicados porque el sujeto activo necesariamente éste ha de ser el titular de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por un lado, y sujeto pasivo ha de serlo el ascendiente, descendiente o cónyuge del necesitado, por otro.

El precepto castiga un comportamiento de carácter omisivo, consistente en dejar de cumplir una serie de deberes o en dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida, tenga el incumplimiento origen en cualquier forma de conducta, en la medida en que se ha eliminado el requisito exigido en la regulación anterior de que dicha omisión se produjera a través de los medios tasados de «abandono del domicilio» o de una «conducta

⁶⁷La STS de 6 de octubre de 1986 (*RJ* 1986/5.487) recoge los motivos por los cuales el Derecho Penal ha tenido que intervenir en un ámbito reservado hasta no hace mucho tiempo al derecho privado.

desordenada»⁶⁸. Como afirma Morales Prats, con la eliminación de dichos requisitos «se dota de un sustrato material al injusto, despojado de contenidos moralizantes impropios de las exigencias del principio de culpabilidad»⁶⁹.

El legislador de 1995 no ha hecho referencia expresa en el art. 226 a que el omitente pudiera haber hecho frente al comportamiento esperado por el ordenamiento jurídico. Ello no significa que no haga falta: es esencial a los delitos de omisión el hecho de que el sujeto activo se encontrara en condiciones de realizar el comportamiento positivo esperado. Por ello, el silencio de la ley no significa que se vaya a castigar en todo caso⁷⁰: como afirma la STS de 14 de enero de 1992 (*RJ* 1992/159) «es evidente que a quien carece de capacidad económica suficiente para realizar la prestación alimenticia no se le puede exigir su cumplimiento».

Como ley penal en blanco que es, para la determinación de los deberes incumplidos, ha de recurrirse al Código civil. Así, en lo que aquí interesa, el «sustento» hace referencia a la reclamación de alimentos definida en el art. 142: «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». En él se condensan, como afirma la SAP de Baleares de 27 de junio de 2000 (*JUR* 2000/270.474) «una prestación natural, genuina e intrínsecamente caracterizada por atender a cubrir las necesidades humanas más esenciales».

La prestación alimenticia sólo puede nacer cuando los sujetos titulares de la misma se encuentren «necesitados». De no ser así, no existirá «abandono» pues es consustancial al mismo la necesidad de la prestación. Sin embargo, a pesar de que expresamente incorpore el Código este elemento, en este punto nada hubiera cambiado si se hubiera omitido, en la medida en que el art. 148 del Código civil, al que se remite el precepto, establece que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos». Con lo cual en este punto el Código penal no añade nada a lo dispuesto en el Código civil: si un ascendiente no se encuentra necesitado, no tendrá derecho a reclamar alimentos a sus hijos. Por ello, es necesario que en el momento del abandono, la persona se encuentre «ya» necesitada para que surja a su favor la prestación de alimentos⁷¹.

Si un sujeto, a sabiendas de que una persona a las que debe la prestación de alimentos omite hacer frente al deber que el impone el Código pero otra persona ajena a ellos dos con posterioridad auxilia al necesitado, el omitente habrá incurrido en un delito de abandono de familia en grado de tentativa: el auxilio de tercero en este caso viene a interrumpir la consumación que inició dejando el intento inacabado por la concurrencia de una causa ajena a su voluntad.

Si a consecuencia de la omisión de la prestación de alimentos, el necesitado muere o sufre lesiones, no habrá problema alguno en apreciar el correspondiente concurso de delitos, en la medida en que el bien jurídico «relaciones familiares» queda lesionado con independencia del concreto resultado acaecido. Producido éste y mediando los requisitos

⁶⁸En este sentido, F. Muñoz Conde, ob. cit., p. 288.

⁶⁹J.M. PRATS CANUT, «Delitos contra las relaciones familiares», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coor.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1084.

⁷⁰Aunque ciertamente, si se compara la regulación de este delito de omisión pura con el de omisión del deber de socorro (art. 195: «pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de tercero»), o con la omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450: «sin riesgo propio o ajeno») no hubiera estado de más incluirlo expresamente en el art. 226.

⁷¹En este sentido, la STS de 28 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/5010) no castiga por delito de abandono de familia al padre que no se hace cargo de los gastos que genera su hija enferma mental, porque ésta cobra una pensión de invalidez. Como afirma la Sentencia citada: «en realidad la ley ha querido evitar de esta manera que la deuda civil proveniente de los deberes de asistencia legalmente establecidos pueda dar lugar a una pena del derecho penal. Es decir, no se ha querido reemplazar la ejecución civil de una deuda por un procedimiento penal de ejecución».

exigidos en el art. 11 para la comisión por omisión, no debe haber problema alguno para imputar el resultado muerte o lesiones graves en concurso con el delito de abandono de familia.

VIII.3 La falta de abandono de persona de edad avanzada

El art. 619 del Código castiga con pena de multa de diez a veinte días a «los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados». Como se decía anteriormente, el antecedente de este precepto en el Código de 1973 se refería al que dejare de atender a «ancianos que dependan de su cuidado», desde donde se ha extraído la conclusión de que a los efectos del Código penal, no se protege de forma expresa la senectud, sino a las personas de edad avanzada que sean especialmente vulnerables por requerir cuidados ajenos, esto es, por encontrarse desvalidas.

La perífrasis verbal que nuclea el tipo es de carácter omisivo⁷²: «dejar de prestar» asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran. Ello determina que se castiga la mera omisión, si bien en este caso, no cualquiera puede ser sujeto activo de la misma: sólo será de aplicación cuando exista una obligación legal de actuar (por ejemplo, en los casos en los que medie la relación de parentesco), o contractual (así ocurre tras el internamiento en un centro geriátrico⁷³), o porque *de facto* se haya establecido una dependencia entre ambos.

Aunque el precepto guarde silencio al respecto, hay que tener en consideración que es presupuesto del delito omisivo el hecho de que el omitente conociendo la situación, hubiera podido actuar o, en caso contrario, que hubiera podido pedir auxilio ajeno. De otra forma, no habrá omisión relevante a efectos penales.

Respecto a los sujetos activos y pasivos, como puede comprobarse, se exige que entre ambos medie un determinado lazo: sujeto pasivo solo puede serlo una persona de edad avanzada o discapacitada y sujeto activo aquel de quien dependa los cuidados de aquélla, lo que determina que se trata de una falta especial desde el punto de vista de los sujetos activos – y pasivos- (SAP de *Lleida* de 29 de julio de 1999 –ARP 1999/2.679).

Por «persona desvalida» ha de entenderse, como afirma García Albero, aquéllas «imposibilitadas para satisfacer por sí mismas las más elementales necesidades de habitación, alimentación, higiene y en su caso asistencia médica»⁷⁴, lo que sirve para cerrar el tipo: no basta con ser una persona de edad avanzada, sino que para ser sujeto pasivo de esta falta, ha de requerir dichos cuidados ajenos. Y no ha de confundirse el desvalimiento exigido por el tipo, con el que determina que surja a favor de determinados trabajadores prestaciones económicas⁷⁵.

Las sentencias examinadas ponen de manifiesto un especial celo al imputar objetivamente el resultado «situación de desamparo de la persona de edad avanzada» a la omisión de los deberes de cuidado. En este sentido, se afirma que si la situación es debida a la incapacidad del omitente por motivos laborales, no habrá dolo. Sin embargo, no se plantea en este caso la posibilidad de exigir que el omitente hubiera podido pedir auxilio ajeno. Así, la SAP de Cantabria de 23 de octubre de 1998 (ARP 1998/4.481) no aplica la falta de abandono al hijo que no atiende a la madre con la que convive por sus obligaciones laborales, señalando

⁷² L.O. Fernández-Delgado, ob. cit., p. 37.

⁷³ Véase la SAP de *Lleida* de 29 de julio de 1999 (ARP 1999/2.679). Se trataba de una mujer que mediante contrato aceptó la cesión de la propiedad de la casa de un matrimonio de edad avanzada a cambio de prestarles alimentos y cuidados.

⁷⁴ R. García Albero, «Faltas contra las personas», en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.), ob. cit., p. 2386.

⁷⁵ Véanse las sentencias que cita L.O. Fernández-Delgado, ob. cit., pp. 37 y ss.

también la sentencia que en este caso, la madre se negaba a ingresar en una residencia. Por su parte, la SAP de Cantabria de 18 de marzo de 1999 (*ARP* 1999/1.056) no castigó tampoco en aplicación de precepto penal alguno al constatar que la situación «de miseria y falta de higiene» en que se encontraba la madre del acusado se debían más a las «circunstancias culturales y económicas», que «a la voluntaria dejación de sus deberes».

Basta con dejar de prestar la asistencia o auxilio que las circunstancias requieran, a una persona desvalida que dependa de sus cuidados, sin necesidad de que se produzca resultado lesivo alguno para el sujeto pasivo a consecuencia de dicho abandono. Así, si una vez se produce la situación de abandono un tercero auxilia a la persona desvalida, la omisión habrá quedado en grado de tentativa inacabada⁷⁶.

La cuestión consiste ahora en interpretar en sus justos términos la asistencia a la que se refiere el precepto: comida, vestido, ayuda, medicina. En este sentido, como afirma la SAP de Murcia de 17 de abril (*JUR* 2002/155.275) no sólo es típica a los efectos del art. 619 la conducta de dejar de prestar una alimentación adecuada, «sino que nace del hecho de mantenerlas en condiciones inadecuadas a su edad y estado de salud, así como carentes de las condiciones mínimas de bienestar exigibles». Ahora bien: no todo abandono circunstancial va a ser típico. En este sentido, afirma la STS de 21 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992/7.193)⁷⁷ que ha de otorgarse gran trascendencia siempre «al desenvolvimiento de la conducta del acusado, hasta el enjuiciamiento». La STS de 5 de abril de 1988 (*RJ* 1988/2.715) establece que el abandono ha de ser «porfiado y persistente y no esporádico o transitorio, y completo, esto es, que no implique un cumplimiento moroso o parcial sino la cesación total del cumplimiento de los deberes reseñados...»: en esta sede el Tribunal Supremo impone una lectura restringida de la figura delictiva examinada.

Y con esto acaba el análisis de los elementos típicos de esta figura: como puede observarse, no se hace referencia alguna a la necesidad de que exista convivencia entre el deudor y el acreedor de la prestación: por ello, a ella ha recurrido la jurisprudencia hasta 2003 para castigar los abandonos, ya se tratara de personas entre las que existía convivencia o no.

Las relaciones concursales que presenta la figura delictiva analizada son complejas.

Así, en primer lugar, ha de señalar cuales son los encuentros y diferencias que existen entre ella y el delito de abandono de familia del art. 226: el solapamiento entre esta modalidad de abandono de familia y la falta del art. 619 es claro⁷⁸. Vista la conducta castigada en el art. 226 ha de entenderse que el legislador castiga en su interior el incumplimiento de la prestación de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los ascendientes mayores de edad necesitados, y deja en el ámbito de las faltas el incumplimiento del deber de custodia cuando dicho deber surge por una fuente distinta a la familia, reduciendo su contenido al ámbito laboral o de prestación de servicios⁷⁹. Sólo si se establece un concurso de normas entre ambos preceptos a solventar por el principio de especialidad (art. 8.1) podrá comprenderse el castigo del abandono como delito y como falta: el ascendiente mayor de edad que se encuentre necesitado tiene derecho según el art. 142 del Código civil a la prestación de alimentos entre parientes, deber al que ofrece debida protección el delito de abandono de familia y por tanto es allí donde hay que residenciar la protección de estas personas cuando se incumplen los derechos y deberes familiares. En definitiva, también en este caso se está ante un delito contra las relaciones que protege el Título XII del Libro II del Código: las de carácter familiar.

⁷⁶Como se sabe, el art. 15 del Código establece que las faltas solo se castigan cuando hayan sido consumadas con la excepción de las faltas contra las personas y el patrimonio.

⁷⁷En materia de abandono de familia.

⁷⁸R. García Albero, ob. cit., p. 2386.

⁷⁹R. García Albero, ob. cit., p. 2386.

No obstante, la aplicación que de esta falta están haciendo los Tribunales no tiene en consideración la distinción apuntada. En efecto, las SSAP Provincial de Guipúzcoa de 31 de mayo de 1999 (*ARP* 1999/2.160) y las de Cantabria de 18 de marzo de 1999 (*ARP* 1999/1.056) y de 23 de octubre de 1998 (*ARP* 1998/4.481) han examinado la posibilidad de castigar el abandono de personas a las que hace referencia el art. 619 por parte de sus hijos, sin que en ninguna de ellas se haya contemplado siquiera la posibilidad de aplicar el delito de abandono de familia del art. 226. Esta línea jurisprudencial pone de manifiesto que esta modalidad de abandono queda reservada para los supuestos en los que son los hijos o el cónyuge el sujeto que se encuentra necesitado. Si éste es el ascendiente, casi de forma automática, se califica la conducta como mera falta de abandono, ignorando que en estas situaciones concurren todos los requisitos típicos del art. 226. En cierto sentido, puede entenderse que la jurisprudencia está considerando a los ascendientes familiares de «segunda clase»: la diferencia a efectos de pena pone de manifiesto el agravio comparativo.

Pero no acaban aquí las complejas relaciones concursales que presenta la falta de abandono de persona de edad avanzada que se encuentre desvalida. Así, si a consecuencia del abandono se produce la muerte o lesiones de la persona desvalida, en este punto, y si se tiene en cuenta que la falta comentada es una de peligro para el bien jurídico vida o salud de las personas⁸⁰, en la medida en que se desvincule el fundamento de la falta de la violación de deberes inherentes a las relaciones familiares, hay que entender que el resultado de peligro habrá de quedar absorbido por la lesión y corresponderá castigar por el concreto resultado producido en comisión por omisión. Nótese que en este caso la posición de garantía queda recogida en el tenor literal del propio precepto: persona que «dependa de sus cuidados», ya sea a través de un contrato o del actuar precedente, fuentes de garante expresamente referenciadas en el art. 11 del Código.

Finalmente, la falta de abandono de persona de edad avanzada entra también en conflicto con el delito de omisión del deber de socorro del art. 195.1, por lo que es necesario distinguir una y otra infracción criminal: la falta requiere dejar de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados. Sujeto activo, sólo puede ser quien contractual o familiarmente sea el responsable de la persona de edad avanzada y que se encuentre desvalida. Si es un tercero, no puede responder por este tipo. Ahora bien, si se omite el deber de socorro con una persona que se encuentre en situación de peligro manifiesto y grave pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, entonces la conducta es típica a los efectos del art. 195.1, con independencia de que quien omite el socorro sea una persona especialmente obligada o no lo sea. En este sentido, la SAP de *Lleida* de 29 de julio de 1999 (*ARP* 1999/2.679) establece la distinción entre ambas infracciones en la situación en la que se encuentra la víctima: la falta del art. 619 «constituye un ilícito penal especial propio que sólo puede cometer aquella persona a la que le estén atribuidos por las razones que fueran los cuidados de una persona de edad avanzada o discapacitada, que en ningún caso debe suponer una situación tan extrema como para calificarse de omisión del deber de socorro, pues en ese caso, y aun sin encontrarse el sujeto activo en posición de garante, si no se omite el auxilio a una persona desamparada, y en peligro manifiesto y grave no concurriendo riesgo propio ni de terceros, se comete el delito de omisión del deber de socorro». Por tanto, si el abandono se produce una vez que la persona se encuentra en ese momento en situación de desamparo y como consecuencia de dicha situación de abandono se constata un peligro inminente, manifiesto y grave para su vida o

⁸⁰La SAP de *Lleida* de 29 de julio de 1999 (*ARP* 1999/2.679) se refiere a que en dicho precepto castigan la omisión de la «responsabilidad acerca de su bienestar o de la ausencia de peligros hacia la vida, la integridad o la salud de esto acusados por el incumplimiento de sus obligaciones».

salud, se activa la previsión del art. 195 (o 196 si es el caso –STS de 7 de marzo de 1991 -RJ 1991/1.933)⁸¹.

4. Protección de la persona de edad avanzada dentro de los delitos de «malos tratos» en el «ámbito familiar»

A lo largo de este trabajo se ha venido afirmando que una cosa es la violencia que sufren las personas de edad avanzada que requieren de cuidados ajenos cuando están internadas en centros geriátricos y otra, la violencia que sufren en sus propios ámbitos familiares. A pesar de los esfuerzos llevados a cabo, los preceptos que en la actualidad dedica el Código para castigar los delitos de maltrato singular y habitual unifican en la misma figura delictiva la pena a imponer en uno y en otro caso, confundiendo todo y, en particular, confundiendo el fundamento de la punición, que es distinto (en unos casos, la relación de parentesco existente, y en otras, la asunción voluntaria de la obligación de cuidar de esas personas)⁸². Una brevísima referencia a las reformas habidas en este ámbito nos servirán para destacar los puntos discutidos en torno a la protección de ambos supuestos.

El delito de malos tratos habituales en el «ámbito familiar» se introdujo en el Código penal en 1989. Según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, la finalidad pretendida por el legislador era mejorar «la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo». A pesar de la finalidad tan precisa del precepto, pronto se destacó por parte de la doctrina los defectos de la novedosa regulación. Entre ellos, la reducción del castigo a los malos tratos de carácter físico y el hecho de dejar fuera del ámbito de cobertura a los ascendientes, los que por el contrario, sí estaban incluidos dentro de la falta de malos tratos, lo que provocaba cierta descoordinación, pues si el maltrato se producía de forma habitual sobre uno de los sujetos protegidos en la falta, la conducta no podía ser considerada típica a los efectos del art. 425⁸³. En 1995 se aprovechó la aprobación del nuevo Código penal para mejorar la redacción del tipo, introduciendo entre otras cosas, la referencia expresa a los «ascendientes»⁸⁴. Sin embargo, estas mejoras siguieron siendo insuficientes para proteger a las personas físicamente más débiles del ámbito familiar, entre otros motivos, porque seguían siendo atípicos los malos tratos de carácter psíquicos. Y todo ello a pesar de que su ubicación sistemática no sufrió modificación alguna. Las deficiencias del precepto dieron lugar a una nueva reforma del art. 153 a través de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de los malos tratos en la que finalmente, se

⁸¹R. García Albero, ob. cit., p. 2199.

⁸²Similar es la situación en el ordenamiento jurídico italiano. Recurre al castigo por un delito de malos tratos la Sentencia del Tribunal de Mestre de 24 de noviembre de 1982: al margen de la multitud de actos individuales de maltrato que se enjuician en la misma, se recurre también al delito de maltrato en el entendimiento de que es el que «constituye el delito clave del juicio, y representa en el momento de la investigación el que sostiene al resto de episodios detallados...». Al margen de abusos sexuales, lesiones, atentados contra el patrimonio, uno de los actos singulares que son objeto de enjuiciamiento consistía en realizar el siguiente juego: simulaban que los internos se morían y los trabajadores –jocosamente- les impartían la extremaunción y «después de la cual, el enfermo sufría un violento shock»: en particular, sometieron a este procedimiento a una persona que murió a los 20 días. En la doctrina italiana puede verse: E. Dolcini y G. Marinucci, ob. cit., pp. 3751 y ss; R. Garofoli, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale II*, 2006, p. 49 y ss; G. Lattanzi, E. Luppo, ob. cit., pp. 190 y ss; M. Ronco y S. Ardizzone, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, ed. UTET, 2006, pp. 2311 y ss.

⁸³Además de la nimiedad de la pena a imponer, lo que provocaba en la mayoría de los supuestos que normalmente el condenado, que carecía de antecedentes penales, no llegara a entrar en prisión; asimismo, resultaba muy compleja la delimitación del bien jurídico protegido, condicionada, en gran medida por la ubicación sistemática del precepto.

⁸⁴Y la inclusión de una cláusula de resolución del concurso entre el delito de malos tratos y los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia.

corrigieron casi todos los defectos detectados desde 1989⁸⁵. Sin embargo, quedaba todavía una cuestión que resolver: la ubicación sistemática del precepto.

Entre otras cuestiones, la anterior redacción planteaba dudas en torno a si las personas de edad avanzada que sufrieran malos tratos físicos o psíquicos habituales llevados a cabo en el centro geriátrico en el que se encontraran internados cuando el sujeto activo del mismo fuera la persona encargada de su cuidado, tenía cabida en el tipo. La SAP de Barcelona de 27 de diciembre de 1999 (ARP 1999/5.358) entendió que no era posible. El Ministerio Fiscal acusaba de un delito continuado de malos tratos a personas sujetas a guarda de hecho, pero el Tribunal entendió que la referencia que hacía el art. 153 a la «guarda de hecho de uno u otro» había de entenderse como guarda de hecho de uno u otro «cónyuge», siendo así que quien dirige un centro no puede ser considerado «cónyuge» del interno. Ciertamente la redacción del precepto no era muy afortunada en este punto⁸⁶. Todo lo más, cabía la posibilidad de entender que si el internado era una persona incapaz a efectos penales –según lo establecido en el art. 25-, el tipo podría ser de aplicación en tanto en cuanto en su interior sin mayor duda se hacía referencia a ellos. Ahora bien, si la persona mayor de edad no podía ser considerada incapaz a efectos penales, por mucho que existiera convivencia en el seno del centro, no podía hablarse de un delito de malos tratos en el ámbito familiar porque el sujeto pasivo del mismo sólo podía ser una de las personas a las que se hacía expresa referencia en el texto. El castigo de los hechos dependería de los concretos resultados en los que se hubieran concretado los singulares actos de violencia. Por todo ello, hay que afirmar que antes de la reforma operada por la LO 11/2003, estas conductas sólo podían castigarse a través de la falta de maltrato físico del art. 617 y de la falta de vejaciones del art. 620.

Con posterioridad, las reformas de mayor calado se han llevado a cabo a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. En lo que aquí interesa, hay que destacar los cambios habidos en relación con la ubicación sistemática y con el círculo de personas protegidas y castigadas.

En efecto, la reforma de mayor calado es la que ha afectado a la ubicación sistemática del delito de maltrato habitual, que ha consistido en reconducirlo de los delitos de lesiones (Título III), a los delitos contra la integridad moral (Título VII), traslado que parece querer poner de manifiesto que también en este caso se protege el bien jurídico de carácter individual «integridad moral». De ser ello cierto, los números 1º y 2º del art. 173 no podrían entrar en concurso de delitos pues existiría *bis in idem*. Se trataría de tipos básico y agravado en el que la repetición de los actos singulares constitutivos de trato degradante así como la relación especial existente entre los sujetos activos y pasivos servirían de fundamento para la agravación⁸⁷.

En la línea del aparente cambio del bien jurídico protegido inciden también las otras reformas que ha llevado a cabo el legislador en el nuevo art. 173.2. Así, al margen de la

⁸⁵Esta reforma fue también muy amplia: se modificó la conducta típica, en la medida en que junto a las violencias físicas, se incluyeron las psíquicas; los sujetos activos y pasivos también se vieron afectados pues se incluyó a los ex cónyuges y ex compañeros sentimentales. Además, se cambiaron los términos utilizados para solventar el concurso entre el delito examinado y «los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica». Finalmente, se definió a partir de entonces en el art. 153 lo que por habitualidad en el ejercicio de los actos de violencia había que entender.

⁸⁶En relación con el viejo art. 425 del Código de 1973 la SAP de Tarragona de 11 de diciembre de 2000 (JUR 2001/78.919) entendió que cabía las relaciones de guarda de hecho a través del art. 303 del Código civil, si bien distinguía quienes legalmente eran los responsables y quienes meramente eran trabajadores del centro, entendiendo que sólo los primeros cometerían el delito de maltrato físico habitual, aunque en este caso, lo consideró justificado.

⁸⁷ Críticamente: M. Acale Sánchez, ««Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2005-15, pp. 11 y ss.

eliminación parcial de la convivencia, se han incluido nuevas relaciones personales: en particular, los malos tratos entre «persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar» así como los supuestos de «persona que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a la custodia o guarda en centros públicos o privados». Con esta genérica referencia se ofrece cobertura, entre otras relaciones, a las que se establece en los internados en centros geriátricos.

Como se puede observar, y en palabras de Tamarit Sumalla, la reforma operada por la LO 11/2003, «desborda el ámbito familiar»⁸⁸: en esta línea ha de resaltarse que todos los cambios que se han llevado a cabo afectan directamente al bien jurídico protegido «relaciones familiares», pues se elimina la convivencia –su sustrato necesario- y se amplían considerablemente las relaciones que han de existir entre los sujetos activos y pasivos –que ya no se limitan a las familiares-. Criticar la inclusión de los malos tratos habituales físicos y psíquicos en las residencias geriátricas dentro del art. 173.2 no significa criticar la criminalización de estas conductas: bastaba con haber separado en preceptos distintos el castigo de conductas que también lo son.

Respecto a los actos de violencia, se castigan tanto los actos de violencia física como la psíquica. Por violencia física se ha venido entendiendo la realización de conductas de malos tratos de obras: golpes, empujones, arañazos, etc.⁸⁹. Por violencia psíquica, las violencias que sin ir acompañadas de mal trato de obra someten al sujeto pasivo a un estado de ansiedad, miedo, angustia (sobremedicación, por ejemplo).

Desde el punto de vista del verbo de la acción -ejercer- se entiende por parte de la doctrina científica realizar actos positivos de mal trato; esto es, gramaticalmente el verbo ejercer es eminentemente activo y por tanto, según el art. 11 del Código no cabría la comisión por omisión del mismo porque la omisión no es equivalente a la acción según el sentido de la ley⁹⁰. Del Rosal Blasco afirma que «el verbo ejercer tiene una inequívoca connotación activa, pues en su significado semántico equivale a realizar o hacer actuar algo (la violencia) sobre cierta cosa (el cuerpo del sujeto pasivo), lo que necesariamente obliga a interpretar el núcleo de la conducta típica como activa aplicación de la fuerza física del cuerpo del sujeto activo sobre el del sujeto pasivo»⁹¹. Así, quedaría fuera del art. 173.2 la omisión de aquellos cuidados mínimos que un anciano impedido necesitan como alimentarlos para que no pasen hambre, arroparlos para que no padezcan frío o simplemente, lavarlos para conservar su higiene esencial para la salud⁹². En este sentido, la SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 1998 (ARP 1998/4.673), entiende que «la falta de atención y cuidado en general de los hijos, faltando a los deberes de protección, vigilancia, alimentación, etc., es subsumible dentro del delito de abandono temporal del menor (art. 230) en el que se castiga «la puesta en peligro

⁸⁸J.M. Tamarit Sumalla, «Artículo 173», en G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.), ob. cit., p. 262.

⁸⁹Véase J.A. de Vega Ruiz (*Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 61) para quien entran dentro de este concepto acciones como las de «empujar, pellizcar, escupir, patear, golpear, punzar, asfixiar, quemar, aporrear, acuchillar, arrojar agua hirviendo o ácido, y prender fuego»; véase también M. L. Lima, «Política victimológica, una experiencia latinoamericana», en *Criminalia, Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 1998, (XIV), p. 194.

⁹⁰J. Cuello Contreras, «El delito de violencia, habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas en afectividad», en *Poder Judicial*, 1993-32, p. 12; J.M. Tamarit Sumalla, *La reforma de los delitos de lesiones*, ed. PPU, Barcelona, 1990, p. 178; B. del Rosal Blasco, «El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar», en M. Cobo del Rosal (dir.), M. Bajo Fernández (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo XIV, Volumen 1º, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1992, p. 372; V. Cervelló Donderis, «El delito de malos tratos: su delimitación con el derecho de corrección», en *Poder Judicial*, 1994-53, p. 56; M. J. Cuenca i García, «La violencia habitual en el ámbito familiar», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1998-4, p. 649.

⁹¹B. del Rosal Blasco, ob. cit., p. 372; L.O. Fernández-Delgado, ob. cit., p. 37.

⁹²J. Cuello Contreras, ob. cit., p. 12.

concreto de los menores o incapaces que dependen del adulto al que están confiados»⁹³. *Mutatis mutandi*, la falta de atención y cuidado de persona de edad avanzada debería ser castigada a través de la falta del art. 619⁹⁴: y esto ha de ser criticado: los malos tratos omisivos a estas personas son más fáciles, más frecuentes que los activos.

Son muchas las cuestiones que plantea este delito de malos tratos habituales y por las características de este trabajo, es imposible que todas ellas sean analizadas aquí con la profundización que se merecen⁹⁵; pero es imprescindible distinguir los actos de maltrato típicos, según se lleven a cabo en el ámbito familiar, o en centro geriátrico, teniendo en consideración no obstante, que en ni uno ni otro caso, se puede estar convirtiendo al “anciano” en el sujeto pasivo del delito pues, en atención a la letra de la ley, éste no es más que el objeto material del mismo: sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que, en este caso, se trata de uno compartido –extendido- entre todos los miembros de la unidad familiar.

a) Los problemas particulares que presenta el delito examinado en los supuestos en que son objeto de maltrato los ascendientes se reducen a dos. En primer lugar, si el ascendiente ha de serlo del sujeto activo del maltrato o, si por el contrario, puede serlo de su cónyuge o compañero/a sentimental, esto es, si cabe el maltrato a los «suegros», y, en segundo lugar, qué tratamiento penal otorgar al descendiente que maltrata física o psíquicamente a su ascendiente con el que no convive.

Respecto a la primera cuestión apuntada, si se observa, y en contra de la protección ofrecida a los hijos, con relación a los cuales el legislador ha agotado todas las posibilidades, señalando que estos pueden serlo «propios», «del cónyuge» o «del conviviente», no aclara si el ascendiente ha de serlo propio o no, si bien como al final del precepto se afirma que las relaciones allí mencionadas lo sean con «uno u otro» hay que entender que el ascendiente puede ser «propio o del otro» y esto con independencia de que el otro sea cónyuge o conviviente: así lo han entendido las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 26 de enero de 2002 (ARP 2002/140) y de Toledo de 29 de mayo de 2001 (JUR 2001/201.280) en las que se consideran malos tratos típicos a los efectos del art. 153 los realizados sobre el suegro⁹⁶.

Por otro lado, para que puedan ser considerados típicos los malos tratos físicos o psíquicos ejercidos sobre el ascendiente de uno u otro, será necesario el requisito fáctico de la convivencia o el jurídico de la existencia de una relación civil de tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro de los cónyuges o convivientes. Estas instituciones son elementos normativos del tipo y para dotarlas de contenido ha de recurrirse al Código civil.

Por el contrario, Gracia Martín defiende que no basta con la convivencia sino que además ha de existir «la sujeción del sujeto pasivo a determinadas relaciones con el cónyuge

⁹³En el mismo sentido, la SAP de Las Palmas de 6 de marzo de 1998 (ARP 1998/1.607) y la de Málaga de 23 de marzo de 2000 (ARP 2000/1.068).

⁹⁴¿Es constitutivo de delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, el que llevaba a cabo uno de los ancianos internados, ya sea contra otros compañeros o contra los cuidadores? La respuesta pasa por la interpretación de la letra de la ley: si se entiende que el Código castiga los malos tratos físicos o psíquicos sobre «las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados» por parte de quien ha de ejercer dichos cuidados, no cabría subsumir aquí el caso comentado. No obstante, cabría la posibilidad de analizar si el mismo entraría dentro de otro de los supuestos a los que se refiere el art. 173.2 «persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», pues aquí se deja abierta la letra de la ley. Resulta llamativo que según quienes sean los sujetos activos y pasivos, haya que recurrir a distintos apartados del art. 173.2 cuando en el fondo todos ellos –cuidadores, internos- forman parte supuestamente de una cuasi familia.

⁹⁵Más en extenso, véase M. Acale Sánchez, «Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar», cit., pp. 11 y ss.

⁹⁶Entiende por el contrario que esta conducta es atípica a los efectos del art. 153: E.B. Marín de Espinosa Ceballos, *La violencia doméstica*, ed. Comares, Granada, 2001, p. 269.

o conviviente (potestad, tutela, curatela o guarda de hecho)⁹⁷; por ello afirma que el ascendiente se encuentra incluido dentro de la relación de guarda de hecho, entendiendo la referencia a esta clase de relaciones de forma descriptiva, apartándose del significado que a efectos civiles se le otorga. Sin embargo, el art. 153 no exige la concurrencia de ambos requisitos sino que, atendiendo a la letra de la ley, basta que se dé uno de ellos. Esto se pone de manifiesto por el empleo de la partícula «o» en vez de «y»: si en una u otra situación se producen actos de malos tratos, éstos serán típicos a los efectos del art. 153. Así, por ejemplo, sería típica la conducta, del hijo tutor o curador de su ascendiente (art. 234.4 del Código civil) con el cual no convive que aprovecha las visitas que realiza a su domicilio o al Centro en el que reside para someterlo a maltrato. Pero atendiendo al mismo argumento, dejan de ser típicos los malos tratos ejercidos por el hijo sobre su ascendiente si no convive con éste ni ha sido nombrado, tutor, curador o guardador de hecho de su ascendiente en el sentido civil de estos términos. Habrá que estarse a los concretos resultados en que se hayan traducido los actos singulares de violencia. Hasta que no se reforme el Código en este punto, ésta deberá seguir siendo la solución, perpetuándose legalmente la desprotección de estas personas en su ámbito familiar.

b) Mayor complejidad plantea la aplicación del delito de malos tratos en el ámbito familiar respecto a la persona mayor edad internada en una residencia geriátrica. En relación con el sujeto activo del maltrato físico o psíquico habitual, éste puede serlo tanto el director del centro como los trabajadores del mismo pues lo relevante es que los sujetos pasivos se encuentren en los centros públicos o privados donde trabajan. La especial vulnerabilidad puede venir derivada de distintos motivos, como su salud, su situación o su edad⁹⁸.

En relación con el supuesto examinado, se plantean además problemas en los casos en los que en la residencia geriátrica el maltratador maltrate a distintas personas que estén sometidas a su custodia, o a su cónyuge y a alguna de las personas que por su especial vulnerabilidad están bajo su cuidado en su lugar de trabajo: ¿cabría sumar los actos de malos tratos entre todos ellos en ambos supuestos para configurar la habitualidad definida en el número 3 del art. 173? En atención a la letra de la ley, nada lo impide. Ahora bien: ¿está justificada políticamente la configuración de la habitualidad en estos casos? Parece que el resultado al que conduce el precepto no es el que se supone que persigue el legislador y es una muestra de puro Derecho penal de autor. ¿Qué tiene que ver una persona internada en una residencia, con el resto, que puede incluso que no conozca?

Por otro lado, hay que entender que entran tanto los supuestos en los que existe internamiento, como aquellos otros en los que éste sea sólo discontinuo, o de día, o de noche, pues el tipo no exige dicho requisito: basta con que se trate de personas sometidas a custodia o guarda, con lo que se amplía aún más la letra de la ley; el mayor de edad puede estar siendo sometido a actos de violencia a manos de su familia, y además a manos de quien depende de sus cuidados. En este sentido, y teniendo en consideración las dificultades existentes para distinguir el delito de malos tratos habituales con la falta de abandono de persona de edad avanzada, quizás se hubiera debido exigir la inclusión en el art. 173.2 del requisito de la convivencia, fundamentando el plus de pena en los lazos que se establecen entre los internados y los cuidadores de los mismos.

La custodia o guarda ha de llevarse a cabo en centros públicos o privados, lo que de

⁹⁷ L. Gracia Martín, «Comentario al art. 153», en L. Gracia Martín, J.L. Díez Ripollés y P. Laurenzo Copello, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Títulos I a VI y Faltas Correspondientes al Código penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 438.

⁹⁸ Con ello se está afirmando que no sólo tienen cabida en esta sede la violencia en los centros geriátricos, sino también en otros, por ejemplo, en prisiones, en centros de acogida para extranjeros o para menores extranjeros no acompañados, en tanto en cuanto se entienda que tanto las personas presas, como los extranjeros en situación administrativa irregular y los menores extranjeros son personas especialmente vulnerables en atención a sus circunstancias particulares.

nuevo provoca graves problemas interpretativos. A pesar de la claridad del precepto en este punto, hay que hacer referencia a las graves cuestiones concursales que su errónea ubicación sistemática provoca en este punto. Así, si los hechos transcurren en un centro privado, en todo caso, hay que recurrir al delito de malos tratos del art. 173.2. Además, habrá que recurrir a tantos delitos de maltrato, lesiones, trato degradante, etc., en que se hayan traducido los actos singulares.

El problema surge cuando los actos de violencia se llevan a cabo en centros públicos. En efecto, si en un centro público el cuidador somete a actos de violencia física o psíquica a las personas allí internadas, puede ser de aplicación el art. 173.2, pero si además se tiene en consideración que se trata de un funcionario público (porque participa en el ejercicio de una función pública y además ha sido nombrado al efecto por la autoridad competente, por elección o por disposición inmediata de la ley), habrá que establecer el correspondiente concurso con el delito del art. 175, en el que se castiga otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionario público o autoridad que no puedan ser reconducidos al ámbito de las torturas. En este caso, la pena será de prisión de dos a cuatro años si el atentado es grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es, así como «en todo caso, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años». Si se comparan las penas de los artículos 173.2 y 175 habrá que estar al caso concreto y aplicar el tipo en virtud del cual se imponga la pena superior. De todas formas, parece que lo más lógico es que se imponga la inhabilitación para el ejercicio de la función pública⁹⁹.

Respecto a los centros concertados, el problema sería distinto. Piénsese en la administración que concierta con una entidad privada el servicio público de atención y cuidado de las personas que requieren de los mismos¹⁰⁰. El concierto se va a hacer con la entidad pero no con las singulares personas que en su interior trabajen, lo que es tanto como afirmar que será funcionario público a efectos penales, el titular de la entidad en cuyo nombre se haya firmado el concierto y por tanto, en relación a éste habrá que ver si comete la conducta castigada en el art. 173.2 o la del art. 175. Ahora bien, los trabajadores de los centros privados, no son funcionarios públicos a efectos penales, por lo que no cabría más que acudir al concurso de delitos entre las figuras castigadas en los números 1 y 2 del art. 173¹⁰¹.

Estos son algunos de los problemas que plantea la regulación del delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar en relación a los actos de violencia sufridos por las personas de edad avanzada en el ámbito de su familia, o del residencial. A ellos ha de añadirse los que sin duda alguna ha incorporado al Código la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género, al modificar sustancialmente la regulación anterior, creando de paso nuevos problemas concursales que se suman a los anteriores, al modificar el delito de maltrato singular del art. 153, al reubicar el delito de amenazas leves en el art. 171, y al crear finalmente el entonces delito de coacciones leves del art. 172.2. En los tres casos, se impone distinta pena si, por un lado, la víctima es la mujer que está o estuvo

⁹⁹Finalmente, nótese que la pena de inhabilitación prevista parece desconocer estos otros supuestos: qué sentido tiene inhabilitar al maltratador para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento y no para profesión u oficio en el caso de que no se trate de un menor o un incapaz a efectos penales.

¹⁰⁰El art. 25.4 de la Ley 39/2006, de promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia establece que «el servicio de atención residencial será prestado por las Administraciones públicas en centros propios o concertados».

¹⁰¹Las soluciones a estas situaciones conflictivas serían las siguientes: en primer lugar, sacar los delitos de malos tratos habituales de este Título y ubicarlo en otro sitio, en particular, dentro de los delitos contra las relaciones familiares que deberían abarcar también a estas otras situaciones en las que se establecen vínculos muy estrechos entre los sujetos activos y pasivos fuera por vínculos distintos a los familiares. Y en segundo lugar, eliminar la referencia a centros públicos del delito de malos tratos físicos y psíquicos habituales a las personas internadas en centros geriátricos, pues para estos casos ya está el delito de trato degradante del art. 175 que castiga con mayor pena estas conductas.

casada o unida sentimentalmente con el agresor con o sin convivencia o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, o «si la víctima del delito... fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior». Con ello, será la convivencia así como la especial vulnerabilidad, las que determinen la imposición de una u otra pena, en el interior de unos preceptos en los que se viene a castigar las conductas de maltrato en el ámbito familiar. La inclusión en su interior de estos otros supuestos, no viene más que, como se decía anteriormente, a confundir las fronteras del delito, desdibujando el bien jurídico protegido en su interior¹⁰².

IX. REFLEXIONES FINALES

Si se piensa en las distintas modalidades de violencia que sufren las personas de edad avanzada que necesitan de cuidados para las labores básicas de la vida internadas en centros geriátricos o dependientes de su propia familia –con o sin convivencia-, y se coteja con el análisis acabado de realizar, saltan a relucir situaciones paradójicas provocadas en gran medida por el tratamiento inconexo que les ofrece el Código penal a estas singulares víctimas.

En particular, el distinto tratamiento que se ofrece al maltrato de carácter activo y al omisivo en el delito de maltrato habitual del art. 173.2 y en la falta de abandono de persona de edad avanzada del art. 619, respectivamente, figuras delictivas que por vía legal o por vía jurisprudencial, no presentan amplias diferencias. Así, aunque la falta de abandono del art. 619 no exige la convivencia, es decir, el internamiento en el centro de la persona de edad avanzada, tampoco la requiere el delito de malos tratos habitual, que se conforma con que se trate de personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados; y sin embargo, los delitos de maltrato singular, amenazas y coacciones leves vuelve a exigir la convivencia –además de la especial vulnerabilidad- para imponer mayor pena. Por otro lado, aunque la falta del art. 619 exige un solo comportamiento omisivo para dar por conformado el tipo, los tribunales vienen exigiendo la permanencia en la omisión, esto es, la reiteración del comportamiento, mientras que el delito de malos tratos del art. 173.2, requiere la habitualidad en el maltrato, ya sea sobre el mismo interno o sobre distintos. Puede decirse que la gran diferencia que separa a ambas figuras delictivas es que la falta del art. 619 exige un comportamiento omisivo: «dejar de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio», mientras que el delito de maltrato exige un comportamiento activo: «ejercer» actos de violencia física o psíquica. Por el contrario, dada la redacción de los artículos 153, 171.4 ó 172.2, nada impide a priori admitir la forma omisiva del comportamiento a los efectos del maltrato singular.

Ello viene a significar que si el maltrato es activo y habitual habrá delito –con independencia de que haya o no convivencia-, y si es omisivo aunque habitual, sólo podrá ser constitutivo de falta –teniendo en consideración esa interpretación jurisprudencial que exige la permanencia en la omisión para dar por conformado el tipo-: todo ello con independencia de que, como se ha visto, la calificación de los singulares actos de maltrato en atención a los artículos 153, 171.4 y 172.2 no va a pender de que sean activos u omisivos, pues en estos casos, no existe impedimento específico alguno para castigar una y otra forma de comportamiento como delitos individuales de maltrato, lo que no deja de resultar paradójico.

Es preciso recordar que según las clasificaciones analizadas de la violencia que sufren estas personas, tan importantes y tan perjudiciales son los malos tratos activos, como los omisivos: en esto insisten todas las definiciones de maltrato o de violencia hacia las personas de edad avanzada. Se reitera el dato manejado con anterioridad: para hacer daño a una persona de edad avanzada no hace falta el mismo esfuerzo físico que para hacérselo a otra persona joven. Sobre todo si se compara con el maltrato que reciben en su ámbito familiar, pues en este caso, si es activo, es constitutivo de delito según lo establecido en el art. 173.2 y

¹⁰² En extenso, véase M. Acale Sánchez, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 190 y ss.

si es omisivo, también, a través del delito de abandono de familia del art. 226 (a pesar de que como se decía anteriormente, los tribunales releguen la protección de estos miembros de la unidad familiar al ámbito de la falta del art. 619).

Ello da lugar a que se plantee el siguiente interrogante: ¿no es el anciano una víctima del propio Código penal? Un modelo penal coherente con los principios de ofensividad y de lesividad debe hacer el esfuerzo por acabar con este desorden actual, justificando por qué comportamientos de igual significación dan lugar a la mera comisión de una falta o de un delito. Ello es tanto como afirmar que con independencia de la modalidad activa u omisiva del maltrato, ambas deberían tener la consideración de delito, objetivo que se alcanza elevando la falta del art. 619 al interior del Libro II del Código¹⁰³.

Cuestión aparte sería el concreto lugar en el que ubicar dicha conducta. En este sentido, la solución óptima desde el punto de vista que aquí se ve, pasa por separar el castigo de la violencia que sufren las personas de edad avanzada especialmente vulnerables en atención a sus circunstancias personales en sus ámbitos familiares de los supuestos en los que lo son en ámbitos en los que media una relación laboral, profesional o de prestación de servicios: así, ambas clases de maltrato cobrarían a efectos penales su propia significación. Y en este sentido, el maltrato en el ámbito familiar debería ubicarse sistemáticamente dentro de los delitos contra las relaciones familiares (Título XII), mientras que los malos tratos en el ámbito de los centros geriátricos deberían ubicarse en lugar aparte, a renglón seguido si se quiere que los anteriores, como sucede en el interior del Código penal alemán en cuyo art. 225 castiga el maltrato de personas sujetas en custodia¹⁰⁴.

Quizás, una reforma del Código aclarando las cuestiones aquí apuntadas, serviría para que los tribunales protegieran de verdad los bienes jurídicos de los que son portadores estas personas.

Al margen de esto último, a lo largo de este trabajo se ha podido demostrar que el Código penal cuenta con arsenal punitivo suficiente para hacer frente a la protección de las personas de edad avanzada: falta simplemente que el legislador lo ponga en orden. Ahora bien, sin duda alguna, el Código penal es el último instrumento. De nada serviría la realización de las reformas a las que se hace referencia si previamente no se llevaran a cabo otras acciones en el ámbito social: la profesionalización de la ayuda, el apoyo económico a las familias, la prevención de estas situaciones, pueden servir para reducir las cifras de violencia que soportan estos colectivos¹⁰⁵. Sólo entonces se podrá poner en práctica la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la ayuda personal y atención a las personas en situación de dependencia garantizado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

¹⁰³Propone también la necesidad de reformar la legislación penal en esta materia el Defensor del Pueblo (véase el Informe «La atención socio sanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos», cit., p. 16) aunque desde una perspectiva no acertada: elevar a la consideración de bien jurídico la vejez.

¹⁰⁴«Quien atormente o maltrate brutalmente a una persona menor de 18 años o desamparada por decrepitud o enfermedad que esté subordinada a su deber de protección y guarda; o pertenezca a su hogar; o haya sido encomendadas por el obligado de la asistencia social o su autoridad; o esté sometida a él dentro del marco de una relación de servicio o trabajo...».

¹⁰⁵Véase: J.L. de la Cuesta Arzamendi, ob. cit., pp. 197 y ss.