

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2020/2021

Convocatoria: junio

**“LA DENEGACIÓN DE ASISTENCIA A
PERSONAS MAYORES”**

“THE DENIAL OF ASSISTANCE TO ELDERLY PEOPLE”

Realizado por la alumna Dña. Ainoa Santos Fortes.

Tutorizado por la Profesora Dña. Judit García Sanz.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de Conocimiento: Derecho Penal.



ABSTRACT

The objective of this work is to give visibility to the elderly in the field of Criminal Law, since the current regulation does not foresee a specific treatment taking into account age since this is not included as a discriminatory circumstance in article 22.4 of the Criminal Code and nor in the special part of the Penal Code since it is not included as a taxable person in the different criminal figures.

Specifically, in this work we will make a proposal for a unitary definition of the elderly person, and we will address the study of the criminal protection of the elderly in the system of generic circumstances and also in the different criminal figures of the special part. Finally, after making a doctrinal and jurisprudential analysis of the subject, we will propose some *lege ferenda* proposals aimed at granting adequate and necessary protection to the elderly.

Key Words: elderly person, vulnerability, abandonment, discrimination, abuse of superiority.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es dar visibilidad a las personas mayores en el ámbito del Derecho Penal, pues la regulación actual no prevé un tratamiento específico teniendo en cuenta la edad, pues no se incluye esta como circunstancia discriminatoria en el artículo 22.4 del Código Penal y tampoco en la parte especial del Código Penal se alude de forma específica a los mayores como sujetos pasivos en las diferentes figuras delictivas.



En concreto, en este trabajo haremos una propuesta de definición unitaria de persona mayor y abordaremos el estudio de la protección penal de las personas mayores en el sistema de circunstancias genéricas y también en las diferentes figuras delictivas de la parte especial. Por último, tras hacer un análisis doctrinal y jurisprudencial del tema, plantearemos algunas propuestas de *lege ferenda* tendentes a otorgar una protección adecuada y necesaria a las personas mayores.

Palabras clave: persona mayor, vulnerabilidad, abandono, discriminación, abuso de superioridad.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

| | |
|--|-----------|
| 1. EL CONCEPTO DE PERSONA MAYOR..... | 5 |
| 2. EL CONCEPTO DE MALTRATO. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS MAYORES. | 7 |
| 3. LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS MAYORES Y EL SISTEMA DE LAS CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS. | 9 |
| 4. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS MAYORES. | 13 |
| 4.1 DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LA VIDA..... | 14 |
| 4.1.1 <i>Delito de lesiones.</i> | 14 |
| 4.1.2 <i>El delito de omisión de prestar los deberes legales inherentes a la tutela o la asistencia legalmente necesaria para el sustento del mayor necesitado.</i> | 15 |
| 4.1.3 <i>Delito de abandono definitivo.</i> | 16 |
| 4.1.4 <i>Abandono temporal.</i> | 18 |
| 4.1.5 <i>La falta del artículo 619 del Código Penal derogado tras la Ley orgánica 1/2015.</i> | 19 |
| 4.1.6 <i>Tratamiento de los casos en los que como consecuencia del abandono sobreviene un resultado negativo para la vida o la salud. especial referencia a la comisión por omisión regulada en el artículo 11 del Código Penal.</i> | 21 |
| 4.2 DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL..... | 23 |
| <i>Acoso inmobiliario.</i> | 26 |
| 4.3 <i>Delitos contra el patrimonio: el llamado maltrato económico.</i> | 26 |
| 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>..... | 28 |



Introducción.

Las personas mayores conforman un sector de la población que está en continuo crecimiento debido a que ha ido aumentando la esperanza de vida. Este sector de la población junto con los menores de edad y las mujeres se caracteriza por su especial vulnerabilidad.

Estas personas de avanzada edad suelen ser víctimas de distintos tipos de maltratos tales como: maltrato físico, psíquico, económico, etc. Según el tipo de maltrato que se de en la persona mayor este constituirá un delito u otro, siendo los más comunes: abandono, trato degradante, lesiones, estafas, entre otros.

En este sentido, se pretende dar mayor visibilidad a las personas mayores las cuales suelen ser víctimas de delitos como los mencionados anteriormente ya que no tiene la misma repercusión el maltrato que sufren los mayores de edad que el maltrato que sufren otros sectores de la población lo cual deriva en una invisibilidad que, a su vez, contribuye a la vulnerabilidad de estas.

En el ámbito del Derecho Penal se ha echado en falta una mayor protección a las personas mayores y su expresa mención en el mismo por lo que abordaremos esta problemática definiendo el maltrato que sufren estas y haciendo un recorrido por el Código Penal y, en concreto, por determinados delitos para ver el tratamiento que se les aplica cuando son las personas mayores los sujetos pasivos y su tipificación en el mismo.

1. El concepto de persona mayor.

El fenómeno del envejecimiento cobra cada vez más fuerza debido a que la población mundial está envejeciendo rápidamente lo cual está, a su vez, ligado a la longevidad. Esto quiere decir que cada vez habrá más personas mayores que vivan más años. Teniendo en cuenta este sector tan amplio de la población resulta sorprendente la falta de una definición unitaria de Persona Mayor en el ámbito del Derecho Penal.

Podemos comprobar como el Código Penal de 1995 ofrece definiciones legales de conceptos, así como sucede con el concepto de incapaz en el art. 25 CP. Sin embargo, no puede decirse lo mismo del concepto de persona mayor, ya que el Código Penal no



ofrece una definición legal de la misma. Esto hace que la definición de persona mayor sea objeto de discusión, ya que la terminología empleada para designar a las personas de edad avanzada es muy variada y heterogénea.

Según el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en los documentos internacionales se opta por los términos: personas mayores, personas de edad avanzada, personas de más edad, tercera edad, ancianos y cuarta edad para los mayores de 80 años. Ese Comité opta por utilizar el vocablo «personas mayores», utilizado en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, término que englobaría a las personas de más de 60 años. En el servicio estadístico Eurostat, de la Unión Europea, se consideran mayores las de 65 o más años¹. Por consiguiente, puede decirse que la terminología empleada no es unitaria.

En este sentido, hay autores que defienden que a través de las agravantes genéricas o subtipos agravados se capta la vulnerabilidad de las personas mayores. Además, como respuesta a la falta de definición legal de persona mayor y de la especial protección de esta establecen que hay conceptos y/o expresiones afines que utiliza el Código Penal en las que se incluyen a las personas mayores².

Por otro lado, hay quienes consideran que la edad de corte a partir de la cual ha de considerarse a una persona “mayor” o “anciana” es la de 65 años³ mientras que hay autores que afirman que la transición a la etapa de adulto mayor respondería mejor al momento de jubilación (En la actualidad fijada en los 66 años), hasta el fallecimiento.

Hay que señalar que cuando hablamos de las personas mayores hacemos referencia a la Tercera Edad la cual constituye un segmento de la población que está en continuo crecimiento. Podemos pensar que al aumentar la esperanza de vida de esta

¹ MARTÍNEZ QUES, ÁNGEL ALFREDO “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, Revista de Derecho de la Uned, núm. 17, 2015, pp.1072.

² SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (I)” en (DÍAZ PALAREA, MARÍA DOLORES): “Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, Reus, Madrid, 2018, pp. 349 y 350. Señala cuatro expresiones que contiene el Código Penal y en el que se incluyen a las personas mayores: a) *Persona desvalida* (expresión más amplia que la de persona mayor ya que no se limita a los aspectos físicos o psicológicos sino también a las situaciones económicas, entre otras); b) *Persona privada de sentido* (basta que la privación de sentido sea suficiente para desactivar la capacidad de reacción o defensa); c) *Abuso de trastorno mental* (en este caso se trata de una persona con una enfermedad psíquica); d) *Disminuidos psíquicos* (este concepto está incluido en el de incapaz y es más amplio que el de trastorno mental); e) *Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados* (aquí se incluyen a las personas mayores, a los menores de edad y a las personas con discapacidad).

³ IBORRA MARMOLEJO, ISABEL. “Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española”, Revista de servicios sociales, núm. 45, 2019, pp. 49.



parte de la población aumenta también la edad en la que estos empiezan a ser considerados “personas mayores” pero ha de tenerse en cuenta que, a mayor edad, de mayor protección han de gozar las personas mayores debido a la vulnerabilidad que les caracteriza.

En nuestra opinión, considero necesaria una definición legal de Persona Mayor, ya que no solo acabaría con una discusión doctrinal, sino que sería necesaria para reforzar la protección jurídico penal hacia este sector de la población que se caracteriza por su vulnerabilidad. Así, consideramos que el envejecimiento de la población se entiende como una amenaza y no como un fenómeno global eminentemente positivo, ya que no solo las personas mayores llegan a edades más avanzadas, sino que, además, lo hacen en mejores condiciones.

2. El concepto de maltrato. Especial referencia a las personas mayores.

De manera muy limitada y tímida, a lo largo de la pasada década se ha empezado a tratar el tema del maltrato a las personas mayores. O, dicho de otra manera, se ha empezado a reconocer que las personas de avanzada edad constituyen una población susceptible de recibir malos tratos.

No obstante, autores como JAVATO MARTÍN afirman que el maltrato a ancianos es un fenómeno muy antiguo, pero su estudio y definición muy reciente⁴.

Hemos de reconocer que el maltrato hacia las personas mayores no es tan conocido como el que se dirige hacia los menores de edad y las mujeres, siendo estos tres sectores de la población igualmente vulnerables.

La existencia de situaciones de violencia a los mayores ya sea en la familia o sea en las instituciones de asistencia y atención, provoca un fuerte choque en la población y en los profesionales.

El problema fundamental con la definición de maltrato hacia la persona mayor es que no existe una definición universal. La consecuencia de que no exista una definición consensuada y aceptada da lugar a una dificultad para llegar a un acuerdo sobre lo que

⁴ JAVATO MARTÍN, ANTONIO MANUEL, “El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídico penal”, en HOYOS SANCHO, MERCEDES, Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 73.



se considera o no maltrato hacia la persona mayor de cara a su posible detección e intervención.

Una de las definiciones de maltrato las proporciona el Centro Reina Sofía considerando al mismo como cualquier acción voluntariamente realizada, es decir, no accidental, que pueda causar o cause un daño a una persona mayor; o cualquier omisión que prive a un anciano de la atención necesaria para su bienestar, así como cualquier violación de sus derechos⁵.

La Asociación Médica Americana (AMA) propuso esta definición: “El maltrato implica una acción u omisión que tiene como resultado un daño o una amenaza de daño a la salud o el bienestar de una persona mayor. El maltrato incluye el causar daño intencional físico o mental, el abuso sexual, o la negación de la comida necesaria, ropa o cuidado médico para cubrir las necesidades físicas y mentales necesarias de una persona mayor por parte de una persona que tiene la responsabilidad del cuidado o custodia de una persona mayor”.

En este caso se opta por una definición no tan general como la anterior, pues especifica tipos de maltrato que se pueden producir en el ámbito de las personas mayores. Otra definición, no tan general, es la de la OMS la cual se decanta por definir el maltrato hacia este sector de la población como “un acto único o repetido que causa daño o sufrimiento a una persona de edad, o la falta de medidas apropiadas para evitarlo, que se produce en una relación basada en la confianza. Puede adoptar diversas formas, como el maltrato físico, psíquico, emocional o sexual, y el abuso de confianza en cuestiones económicas. También puede ser el resultado de la negligencia, sea esta intencional o no”.

En principio, una definición tan específica y detallada en cuanto a los tipos de maltrato que puede sufrir una persona mayor es un tanto limitativa en el sentido de que pueden quedar fuera conductas que den lugar a maltrato. Por eso, un concepto general englobaría varias conductas, pero correremos el riesgo de desembocar en cierta ambigüedad.

⁵ IBORRA MARMOLEJO, ISABEL. “Maltrato de personas mayores en la familia en España”, en Fundación de la Comunitat Valenciana para el estudio de la violencia (Centro Reina Sofía), 2008, nº14, pp. 14.



Son varios los autores que al igual que PÉREZ ROJO distinguen los siguientes tipos de maltrato: físico, sexual, psicológico, negligencia y económico⁶. Quizás uno de los maltratos más habituales hacia las personas mayores sea la negligencia, siendo entendida esta como el rechazo a la hora de llevar a cabo las obligaciones por parte del cuidador hacia una persona mayor. Se le niega a la persona mayor cubrir sus necesidades médicas, ayudarla en las actividades diarias o no brindar los servicios sociales y educativos adecuados. Algunas conductas por parte del cuidador que de lugar a la negligencia puede ser el no proporcionarle comida, medicamentos, ayuda, higiene, etc.

Estos tipos de maltrato suelen darse debido a la aparición de uno o varios factores de riesgo. IBORRA MARMOLEJO define factor de riesgo como una característica cuya presencia aumenta la probabilidad de que se produzca un determinado fenómeno y distingue entre factores individuales, relacionales, comunitarios y sociales⁷.

En conclusión, no hay una concepción consensuada y unitaria sobre la definición del maltrato hacia la persona mayor. Siendo este sector de la población uno de los más vulnerables resulta necesario un concepto unitario de maltrato hacia las mismas. Los tipos de maltrato que pueden llegar a sufrir una persona de avanzada edad y los factores que pueden influir en el mismo evidencian una vez más la falta y, por consiguiente, necesidad de una definición de persona mayor en el Código Penal y un refuerzo de la protección jurídico penal de este sector de la población.

3. La protección penal de las personas mayores y el sistema de las circunstancias genéricas.

Teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas mayores a la que hemos hecho referencia anteriormente resulta más que necesario una protección efectiva a estas. Así, reflejaremos si la protección que se les blinda es suficiente o no.

⁶ PÉREZ ROJO, GEMA, “Factores de riesgo asociados al maltrato hacia personas mayores con demencia en el ámbito comunitario”, en *Revista de servicios sociales*, núm. 43, 2018, pp. 21.

⁷ IBORRA MARMOLEJO, ISABEL. “Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española”, *Revista de servicios sociales*, núm. 45, 2019, pp. 51.

JAVATO MARTÍN y ALONSO ÁLAMO defienden que no es posible un Derecho Penal propio de las personas mayores, ya que se estaría protegiendo de manera diferente e independiente a un determinado sector de la sociedad⁸. Esto no quiere decir que no sea necesaria una mayor protección a las personas mayores en el Código Penal vigente. Además, teniendo en cuenta que este texto legal se encarga de proteger bienes jurídicos, es de mención la dignidad de las personas mayores con relación a la vulnerabilidad de la que estas se caracterizan.

En este sentido MARCO FRANCIA denuncia que los malos tratos que se refieren a las mujeres y a los niños tienen más visibilidad y que, sin embargo, las personas mayores aún teniendo una posición más vulnerable caen fuera del foco mediático. Por ello introduce el término de la invisibilidad⁹.

Por tanto, resulta necesario hablar de la dignidad de las personas mayores puesto que por su especial vulnerabilidad es necesario una mayor protección a las mismas para que no menoscaben su dignidad y su integridad física y moral. En este sentido es mencionaremos legislación que abarca la protección de las personas mayores.

En el año 1982, en Viena, tuvo lugar la primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento.

La acción en materia de envejecimiento continuó en el año 2002 con la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento con el objetivo de diseñar una política internacional sobre el envejecimiento para el siglo XXI.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y más concretamente en su artículo 1 se establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Así también, en virtud de su artículo 2 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o

⁸ JAVATO MARTÍN, ANTONIO MANUEL Y ALONSO ÁLAMO, MERCEDES “Protección penal de las personas mayores. cuestiones de técnica legislativa”, en HOYOS SANCHO, M. Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 39.

⁹ MARCO FRANCIA, MARÍA PILAR, “Los malos tratos en la tercera edad en España. La invisibilidad como factor de vulnerabilidad”, en Revista de Trayectorias Humanas Trascontinentales, 2019, pp. 109.



territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Según el artículo 14 de la Constitución Española “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En este sentido, las personas mayores no pueden sufrir ninguna discriminación por circunstancia personal tal y como puede ser la edad de estas, sin embargo, no se hace mención expresa a la edad en este artículo.

También es de mención la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia la cual sentó las bases para financiar los servicios que necesitan las personas dependientes para realizar las actividades básicas de la vida diaria.

Es importante reforzar la protección hacia las personas mayores puesto que el respeto hacia estas y su dignidad se pone a prueba diariamente entre la persona mayor de edad y la persona que cuida de la misma.

En el Código Penal no se encuentra recogida ninguna circunstancia agravante que haga referencia a las personas mayores de manera explícita. Atenderemos a tres circunstancias agravantes, entre ellas: alevosía y abuso de superioridad, discriminación por la edad y mixta de parentesco.

Con relación a la alevosía, esta se encuentra regulada en el art. 22.1 CP en virtud del cual: “Hay alevosía cuando el culpable comete 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 persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”. En este sentido se plantea una problemática porque no se considera aplicable la alevosía con carácter general en el caso de personas mayores como sujeto pasivo, sino que se emplea el abuso de superioridad recogido en el apartado 2º del mismo artículo.

Esto es así, pues según SANTANA VEGA no es posible aplicar la agravante de la alevosía, dado que falta el requisito del «uso de medios, modos o formas» y, además,

que es posible una reacción defensiva por parte del ofendido, aunque ésta sea escasa. Por tanto, es más correcta la aplicación de la agravante del abuso de superioridad¹⁰.

El Tribunal Supremo en su sentencia 742/2007 de 16 de septiembre ha afirmado, en relación con la agravante del abuso de superioridad, que para su existe es necesario que el sujeto activo conozca y se aproveche, a su favor y en perjuicio del ofendido, del desequilibrio de fuerzas que entre los dos existe. Pero también lo es que el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de esta y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad¹¹.

En relación con la agravante de discriminación por la edad ha de hacerse mención del edadismo. Por edadismo se entiende la discriminación por razón de la edad, convirtiéndose así, en una de las tres grandes formas de discriminación de nuestra sociedad, por detrás del racismo y el sexismo.

Sin embargo, esta discriminación por razón de la edad no es solo fruto de la actualidad, ya que hay visiones sobre la vejez muy diferentes propuestas por Aristóteles y Platón¹².

Aristóteles presenta una concepción en contra de la persona mayor considerando que la última etapa de la vida de estas personas es equiparable a “ruina y deterioro” y describiendo a las mismas como personas desconfiadas, inconstantes, egoístas y cínicas siendo para este la vejez una enfermedad.

Por su parte, Platón adopta una visión más respetuosa puesto que considera a la vejez como aquella “etapa de la vida en la que las personas alcanzan la máxima prudencia, discreción, sagacidad y juicio, y las ofrece en la comunidad funciones de gran divinidad y responsabilidad, directivas, administrativas y jurisdiccionales y superiores en estima social”.

El art. 22.4 CP establece que es circunstancia agravante: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología,

¹⁰ SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (I)”, DÍAZ PALAREA, MARÍA DOLORES, Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad, Reus, Madrid, 2018, pp. 352.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo 742/2007 (Sala de lo penal, sección 2ª), de 16 de septiembre de 2007 (Recurso 10127/2007).

¹² CARBAJO VÉLEZ, MARÍA DEL CARMEN, “La historia de la vejez”, en Revista de la Facultad de Educación de Albacete, 2008, nº 23, pp. 241.



religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. Por tanto, no hay mención de la discriminación por la edad como circunstancia agravante lo cual deja entrever la falta que hay de una reforma en el Código Penal para reforzar la protección de las personas mayores.

Por último, debemos hacer referencia a la agravante mixta de parentesco que se encuentra regulada en el art. 23 CP que dispone: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”. Así, si tenemos en cuenta que el cuidado de las personas mayores lo llevan a cabo los familiares o bien las instituciones de protección como pueden ser las residencias podemos afirmar que en el caso de delitos contra las personas mayores en el seno familiar la circunstancia mixta de parentesco incrementará la pena.

4. Delitos contra las personas mayores.

Las personas mayores por la vulnerabilidad que las caracteriza pueden ser víctimas de varios delitos en los cuales el sujeto activo se aprovecha de estas. En este apartado mencionaremos los delitos contra la integridad personal y la vida haciendo referencia a las lesiones, el delito de omisión de prestar los deberes legales inherentes a la tutela o la asistencia legalmente necesaria para el sustento del mayor necesitado y al delito de abandono definitivo y temporal.

Es necesario, en relación con los delitos anteriormente mencionados, hacer referencia al tratamiento de los casos en los que como consecuencia del abandono sobreviene un resultado negativo para la vida o la salud y a la comisión por omisión regulada en el art. 11 CP y la falta del art. 619 CP derogado tras la ley orgánica 1/2015.

4.1 Delitos contra la integridad personal y la vida.

4.1.1 Delito de lesiones.

En relación con los arts.147, 148 y 153 CP que hacen referencia a delitos de lesiones es necesario diferenciar entre si se da o no en el ámbito familiar y si constituye o no delito de lesiones según conlleve o no tratamiento.

En primer lugar, en caso de lesiones producidas en residencias se aplica el régimen general recogido en los arts.147 y 173.1 del CP.

Haciendo referencia al ámbito familiar nos centraremos en los arts 148.5º y 153 CP. En este sentido hablamos de violencia doméstica.

En el art. 147 CP se recoge el tipo básico del delito de lesiones siendo en el art. 148 donde se encuentra el tipo agravado del mismo. En el apartado 4º y 5º del art. 148 se hace referencia a una agravación de la pena cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Este tipo de violencia intrafamiliar suele suponer un problema en el sentido de su tipificación penal. Así, JAVATO MARTÍN¹³ realiza las siguientes aclaraciones:

En caso de lesiones necesitadas de tratamiento médico o quirúrgico será de aplicación el art. 147 CP. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia es de aplicación el tipo cualificado del artículo 148.4º CP y si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor se aplica el artículo 148.5º CP.

En caso de agresión con lesiones del art. 149, 150 CP aun sin tratamiento, sobre una persona mayor por su cónyuge, ex –cónyuge, descendientes, etc. serían de aplicación los arts. 149 y 150 CP con la agravante genérica de parentesco (art. 23 CP).

¹³ JAVATO MARTÍN, ANTONIO MANUEL, “El maltrato sobre las personas mayores. perspectiva jurídico penal”, en HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 104.



En conclusión, es necesario diferenciar claramente el ámbito en el cual se da lugar a las lesiones hacia personas mayores, ya que de esto depende si se aplica el régimen general o el tipo cualificado del delito.

4.1.2 El delito de omisión de prestar los deberes legales inherentes a la tutela o la asistencia legalmente necesaria para el sustento del mayor necesitado.

Bajo la rúbrica “Del abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección” se encuentran delitos tipificados en los arts. 226, 229, 230 y 231 CP.

El art. 226.1 del CP es el relativo al incumplimiento de los deberes de asistencia o sustento. Para analizar correctamente este artículo, debemos partir de su redacción, que es la siguiente: “1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.”

De la redacción del artículo podemos observar que los sujetos están vinculados por la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, siendo por tanto los sujetos activos o los padres, tutores, guardadores, o las personas que tengan un régimen de acogimiento familiar respecto del menor.

El tipo penal exige, en primer lugar, una situación que genere el deber de actuar, dicho deber de actuar se apoya en el vínculo que ha de haber entre el sujeto activo y pasivo, ya que hay una relación sujeta a tutela. En segundo lugar, se omite el deber de actuar, es decir, no se lleva a cabo la acción o deberes legalmente impuestos. También ha de tenerse en cuenta que la persona que ha de llevar a cabo la acción ha de tener capacidad para poder llevar a cabo la misma, pues, de lo contrario, no se le podrá exigir algo que le es imposible. Por último, el abandono ha de ser patente y duradero.¹⁴

¹⁴ Juzgado de lo Penal nº1 de Palencia 328/2017 de 10 de octubre.



Según ACOSTA GONZÁLEZ cuando se habla de deberes de asistencia deberá recordarse que no se refiere únicamente a las obligaciones alimentarias en sentido estricto o de matiz económico, sino que engloba todos los deberes, incluidos los morales. El incumplimiento debe ser voluntario, y no producto de no poder asumir y cumplir tales deberes, persistente y porfiado, no esporádico o transitorio, y completo, es decir, que no implique un cumplimiento parcial o moroso sino la cesación total del cumplimiento de tales deberes¹⁵.

En conclusión, el artículo 226 relativo al abandono en cuanto se lleva a cabo una omisión en los deberes legales será de aplicación siempre y cuando no suponga un peligro para la integridad o la vida de la persona mayor, en cuyo caso será de aplicación el artículo 229 CP.

4.1.3 Delito de abandono definitivo.

Cuando hablamos de delito de abandono hemos de distinguir, en primer lugar, entre el abandono propio y el abandono impropio. El abandono propio hace referencia al abandono en sentido estricto de un menor o incapaz, es decir, a aquel que tiene carácter permanente. Mientras, se considera abandono impropio a la conducta en la que no se deja al menor o al incapaz en una situación de abandono en sentido estricto, sino que se produce una entrega indebida o se les lleva a dedicarse a la mendicidad, se regulan en los artículos 231 y 232¹⁶.

En estos apartados nos centraremos en el estudio del abandono propio, es decir, de los arts. 229 y 230 CP. En virtud del artículo 229 del Código Penal: “1. El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años. 2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años. 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del

¹⁵ ACOSTA GONZÁLEZ, NICOLÁS, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (II)”, DÍAZ PALAREA, María Dolores, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2018, pp. 378.

¹⁶ ARMENDÁRIZ LEÓN, CARMEN, “Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español”, en *Revista Penal México*, nº6, núm. 6, marzo-agosto de 2014, pp. 21.



menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.”

A efectos de pena y de distinguir entre el sujeto activo y pasivo es de mención que del art. 229 CP se distingue: un tipo básico en su apartado 1 y dos tipos cualificados en los apartados 2 y 3 del mismo.

En cuanto a los sujetos activos, en el tipo básico contenido en el apartado primero del art. 229 CP, es la persona encargada de la guarda del menor o incapaz. Mientras, en el tipo cualificado que se encuentra en el apartado 2º del artículo mencionado anteriormente, la pena es superior debido a que, en este caso, el sujeto activo comprende a los padres, tutores o guardadores legales.

DÍEZ RIPOLLÉS dispone que “en consecuencia, puede sostenerse que el tipo básico se ocupa de conductas realizadas por sujetos que, mediante una encomienda expresa o implícita, adquieren el deber temporal de guarda material del menor o incapaz, mientras que el tipo cualificado alude a aquellas personas para quienes el deber de guarda material de tales sujetos se funda en la titularidad, de derecho o de hecho, de su ejercicio.”¹⁷

El sujeto pasivo es el menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. “Lo decisivo es la situación de desamparo en que se coloca al menor o persona con discapacidad, debiendo tenerse en cuenta las condiciones de seguridad en que queda el sujeto pasivo, su edad o su grado de madurez para poder valerse por sí mismo, etc.”

Cuando el sujeto pasivo es una persona mayor, según Gómez Tomillo “lo excepcional será la aplicación del tipo agravado, toda vez que no es posible que el abandono se produzca por padres o guardadores legales, de forma que las posibilidades agravatorias se ciñen tan solo a los casos en los que exista una tutela formalmente constituida”¹⁸.

¹⁷ DÍEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp.123

¹⁸ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 4, 2010, pp. 185.

4.1.4 Abandono temporal.

El abandono temporal constituye un tipo de abandono recogido en el art. 230 CP en virtud del cual: “El abandono temporal de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.”

Según la Audiencia Provincial de Soria, “No es suficiente que haya una interrupción, más o menos larga en el tiempo, del contacto directo entre quien ha de "velar" y el menor: se ha de poner en peligro la vida, integridad y el desarrollo personal o social del menor, por lo que las circunstancias en que tiene lugar cobran singular relevancia para determinar si la acción es la prevista en la norma penal (tipicidad)".¹⁹

La diferencia entre las conductas tipificadas en los artículos 229 y 230 CP viene definida por la temporalidad en el sentido de que, en el caso del artículo 230, el abandono no es definitivo como en el caso del artículo 229.

La temporalidad como requisito del delito de abandono temporal es objeto de debate en el sentido de que la ley no fija un plazo de tiempo en el cual la conducta omisiva deja de ser abandono temporal para ser abandono en sentido estricto y definitivo.

En este sentido, GÓMEZ TOMILLO establece que el abandono debe tener una mínima entidad temporal para incidir en el ámbito de lo penalmente relevante y tiene que haber generado un peligro potencial para bienes jurídicos de la víctima.²⁰ De tal manera que si la duración de abandono es tan mínima que no causa un riesgo para la vida, integridad física o salud es un abandono atípico.

En mi opinión, no es tan importante el tiempo que dure el abandono en sí, sino el riesgo que eso suponga a la víctima.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria 107/2013 (Sección 2ª), de 5 de junio de 2013). (Recurso: 43/2013)

²⁰ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 4, 2010, pp.191.

4.1.5 La falta del artículo 619 del Código Penal derogado tras la Ley orgánica 1/2015.

Los artículos 618.1 y 619 CP fueron derogados por la disposición derogatoria única.1 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. En estos se tipificaban dos tipos de abandono, pero nos centraremos en el art. 619 CP en el cual se castigaba con pena de multa de diez a veinte días a los que dejaren de prestar asistencia, o el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.

Así, castiga al sujeto que, siendo responsable de las personas mencionadas en el precepto (y que dependan de sus cuidados), dejaren en estado de abandono o desamparo a tales personas. Se trata, por tanto, de una falta de omisión pura. Esta falta constituye una modalidad leve de abandono. Su antecedente legislativo previo se encontraba en el art. 584 del Código Penal 1973.

En este aspecto es importante realizar una comparativa entre este artículo derogado y el artículo 229 CP.

En el sujeto activo nos encontramos a quien asume los cuidados de la persona de avanzada edad. En el caso del artículo 229 CP, el sujeto activo se centraba en la figura de personas encargadas de su guarda, guardadores legales, padres o tutores.

Según GÓMEZ TOMILLO, el sujeto activo del artículo 619 CP “equivale también a un guardador fáctico, con independencia de si existe un vínculo legal o contractual con el anciano”.²¹

En cuanto a la conducta típica, tanto el artículo 619 como el artículo 229 en su apartado 1º hacen referencia al abandono en el sentido de la desatención, es decir, de la desasistencia.

GÓMEZ TOMILLO, en lo referente al sujeto pasivo, entiende que ahí difieren los artículos 619 y 229 del CP. Así, el sujeto pasivo es una persona desvalida en el artículo 619 CP mientras que, en el artículo 229 se centra en la persona incapacitada.

Por persona desvalida hemos de entender a aquella que es “Víctima de un delito contra las personas que se encuentra en situación de desamparo, debilidad o

²¹ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 4, 2010, pp.194.



indefensión, la cual es aprovechada por el autor o autores para realizar el hecho con mayor facilidad”²². Por tanto, el calificativo de desvalida hace referencia a una persona “Desamparada, privada de ayuda y socorro”.²³ Mientras, una persona incapaz es aquella que “no tiene capacidad o aptitud para algo”.²⁴

Así, GÓMEZ TOMILLO entiende que ese concepto de «persona desvalida» debe equipararse a aquel sujeto que, no siendo incapaz, sin embargo, ve mermada su capacidad física o psíquica, o ambas, pero sin tener perdidas por completo sus posibilidades de autoprotección (...). Eso es lo que ocurre precisamente con frecuencia con las personas mayores que ven limitadas sus facultades cognitivas, se encuentran acobardadas frente al entorno, tienen disminuida su movilidad, etc.

La falta de no prestar asistencia o auxilio a persona de edad avanzada o discapacitada que, atendiendo a las circunstancias, se encuentre desamparada (art. 619 CP) constituye un tipo privilegiado del delito de omisión del deber de socorro. Debe aplicarse preferentemente el art. 195 CP cuando concurra peligro grave en el menor o incapaz abandonado o persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desamparada.

En nuestra opinión, ante la falta del artículo 619 CP la figura que más se asemeja es la recogida en el artículo 226 CP, siempre que no suponga un peligro para la vida o integridad física del sujeto pasivo, pues, en ese caso, primaría la aplicación del artículo 195 CP. En caso de que no se trate de personas desvalidas sino de personas incapaces sería de aplicación el artículo 229 CP. Con todo esto, y no mostrándome conforme con la derogación de dicha falta, estimo que quedan en desventaja las personas mayores a las que esta falta hacía expresa mención.

²² <https://dpej.rae.es/lema/persona-desvalida>. (Última consulta el 8 de junio 2021).

²³ <https://dle.rae.es/desvalido>. (Última consulta el 8 de junio 2021).

²⁴ <https://dle.rae.es/incapaz>. (Última consulta el 8 de junio 2021).



4.1.6 Tratamiento de los casos en los que como consecuencia del abandono sobreviene un resultado negativo para la vida o la salud. especial referencia a la comisión por omisión regulada en el artículo 11 del Código Penal.

El artículo 11 del Código Penal establece que: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación de este, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar y cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Además, en la Sentencia del Tribunal Supremo 363/2007 de 28 de marzo²⁵ se menciona los elementos fácticos que permiten la aplicación del art. 11 CP.

En lo que respecta a los delitos de abandono la conducta típica puede tener como resultado unas lesiones o incluso, de manera más grave, la muerte.

GÓMEZ TOMILLO establece que “Las hipótesis de abandono pueden traducirse en un resultado lesivo que implique un efectivo menoscabo de la salud o, incluso, de la vida de la persona mayor. En la medida en que estamos hablando de hipótesis de abandono, no de malos tratos, se plantea la presencia de un delito de lesiones o de homicidio de comisión por omisión, los cuales requieren que se verifique la presencia de los muy debatidos requisitos del art. 11 CP”.²⁶

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 363/2007 (Sala 2ª) de 28 de marzo. (Recurso: 807/2005) "los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes:

- a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley.
- b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.
- c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate.
- d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

²⁶ GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 4, 2010, pp. 197.

Por tanto, cuando del delito de abandono sobreviene como resultado la muerte del sujeto pasivo es de aplicación el art. 11 CP en concepto de homicidio de comisión por omisión.

Ejemplo de ello es la STS 459/2018 de 10 de octubre²⁷. En esta sentencia Juliana, de 76 años convivía, junto con su hijo, el acusado Vidal, la esposa de éste y el hijo común de ambos, teniendo la anciana otra hija, la acusada Elena mayor de edad, había acordado con su hermano el compartir las labores de cuidado y atención de madre. Juliana padecía desde el año 2000 una varias de enfermedades y por razón de estas, Juliana sufrió un deterioro progresivo, perdiendo la posibilidad de caminar, así como la autonomía para realizar las actividades básicas de la vida diaria tales como asearse o comer, asumiendo Vidal, junto con su hermana Elena, la obligación del cuidado personal y diario de su madre. Ambos acusados, a pesar de ser conscientes de la situación de su madre y teniendo capacidad para cuidarla y ocuparse de ella, sin embargo, desatendieron totalmente sus necesidades más elementales; dejando de alimentarla mínimamente, asearla, limpiar su entorno, cambiar su posición en la cama y curarle las heridas, lo que desembocó, como resultado previsible y evitable, en el fallecimiento de doña Juliana.

Los acusados presentan recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias y por la que se condena a Vidal y Elena, como autores criminalmente responsables de un delito de homicidio por comisión por omisión. Uno de los motivos del recurso de casación es la indebida inaplicación del art. 229 CP.

El recurrente señala que no está de acuerdo de que haya quedado acreditado el dolo del recurrente, pues no podía imaginar el desenlace, ni planificarlo, siendo de aplicación el delito de abandono del art. 229 CP, junto al art .142 del mismo texto legal.

El tribunal estima que “no se trata de una mera imprudencia que dé como resultado una muerte, sino de una auténtica acción dolosa de ambos hijos respecto de su propia madre, lo que convierte el acto en sí mismo considerado, como de mayor gravedad, dada la directa relación parental que une, o debe unir a los hijos con sus padres, y la obligación de garantes que los hijos tienen para con sus padres, cuando llegada la mayor edad de éstos deben atenderles y cuidarles debidamente”.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 459/2018 (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 10 de octubre de 2018 (Recurso 2201/2017).



Por tanto, se descartó la comisión de un delito del art. 229 CP, ya que el abandono, como tal, no es un acto que corresponde a lo que se ha producido, pues lo ocurrido es un delito de resultado, y, el tipo penal del art. 229 CP es de riesgo. Siendo entonces de aplicación el art. 11 CP, pues la conducta típica es propia de un homicidio por comisión por omisión.

En conclusión, el eventual fallecimiento de la madre de estos dos hermanos como consecuencia de la falta de cuidado al que éstos se habían comprometido previamente, las convertiría directamente en sujetos activos de un delito de homicidio en comisión por omisión, según las prescripciones del art. 11 CP, ya que, según este precepto, la omisión por el sujeto activo de un deber jurídico de evitar un resultado, equivale a su causación directa cuando éste último se ha producido como consecuencia de tal omisión.

En nuestra opinión, me muestro conforme con la sentencia del Tribunal Supremo puesto que no se puede subsumir los hechos descritos anteriormente en el delito de abandono del art. 229 CP, pues en este caso la consecuencia de la conducta típica es la muerte. Tampoco se puede alegar la imprudencia del hecho cuando se ha tenido plena consciencia del abandono que se estaba llevando a cabo y se podía prever el resultado de este.

4.2 Delitos contra la integridad moral.

El Título VII del Libro II trata «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». En la regulación contenida en el Título VII podemos distinguir los atentados contra la integridad moral cometidos por particular recogidos en el art. 173 CP.

A la integridad moral como bien jurídico protegido hace referencia la Constitución Española en su artículo 15, en virtud del cual: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral”. MUÑOZ CONDE establece que la integridad moral ha de ser entendida como el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualesquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas²⁸.

²⁸ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, ed. 22ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 175.

En este sentido hemos de diferenciar entre la aplicación del art. 173.1 y 173.2 CP atendiendo a si el delito tiene lugar en residencias o en el ámbito doméstico.

En el art.173.1 CP se establece que: “El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Es necesario determinar qué conductas son constitutivas de un trato degradante, pues en el Código Penal no se define ni se establece una enumeración de casos que constituyen dicho trato. En este sentido, JAVATO MARTÍN establece que debe entenderse por trato degradante, el someter a otro a cualquier trato, capaz de producir en la víctima sentimiento de temor, angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarle y quebrantar su resistencia física o moral.²⁹

En este caso basta con una única acción puntual para que se de el hecho típico sin necesidad de una habitualidad.

Por medio de este artículo se castigan conductas que se pueden llevar a cabo en las residencias de personas mayores en las que se han dado casos de tratos degradantes y vejaciones hacia estos. Por ejemplo, en la SAP Cádiz se condena al acusado, regente de una residencia de ancianos, que les mantenía en pésimas condiciones de salubridad; así en habitaciones con ratones y cucarachas, con varios meses sin cambiar de sábanas, donde los ancianos se aseaban en barreños y se orinaban en cubos, etc.³⁰

Por el contrario, el art. 173.2 CP hace referencia a aquellos casos en los que se emplea violencia física o psíquica sobre la víctima por parte de descendientes, tutores, cuidadores, etc.

En este sentido es necesario diferenciar entre la violencia física o psíquica de este artículo con los concretos actos violentos o vejatorios. Según la jurisprudencia, los actos del art. 173.2 CP van más allá del mero ataque a la integridad, afectando fundamentalmente valores inherentes a la persona y dañando el considerado como primer núcleo de toda sociedad: la familia³¹.

²⁹ JAVATO MARTÍN, ANTONIO MANUEL, “El maltrato sobre las personas mayores. perspectiva jurídico penal”, en HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 111.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 111/2003 (Sección 8ª), de 23 de abril de 2003. (Recurso: 31/2003).

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 313/2018 (Sección 2ª), de 13 de marzo de 2017. (Recurso 65/2017).



Un elemento esencial de este delito es la habitualidad de este. Según el apartado 3ª del artículo 173: “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Por tanto, en el ámbito familiar se atiende a que dicho comportamiento se lleve a cabo de manera reiterada y habitual por parte del sujeto pasivo en el ámbito familiar sin ser necesario que sea siempre hacia la misma persona.

Ha de tenerse en cuenta que dicho artículo penaliza acciones violentas por lo que quedan excluidos los actos de omisión. Según el TS ha de tratarse de conductas de violencia activas o positivas, excluyendo por tanto de su ámbito aplicativo, los supuestos de conductas omisivas, pasivas o de mera inactividad, aun reiteradas y aun cuando causen. En caso de conductas omisivas que causen una lesión el TS, confirma la existencia de un delito de lesiones (por omisión) del Art. 147 CP y rechaza la aplicación del delito de violencia habitual del Art. 173.2 CP, por entender que la conducta típica del 173.2 “ejercer violencia”, exige una conducta activa³².

En conclusión, se castigan por el delito recogido en el art. 173.1 CP aquellas conductas que suponen un trato vejatorio sin tener que cumplir el requisito de la habitualidad y sin necesidad de que haya una relación familiar entre el sujeto activo y la persona mayor. Por el contrario, si es necesaria la habitualidad de la violencia psíquica o física para la condena en base al art. 173.2 CP teniendo en cuenta que ha de haber un vínculo familiar, es decir, se castiga la violencia psíquica o física en el ámbito familiar.

Haciendo referencia a propuestas lege ferenda considero necesario que el Código Penal proporcione una definición acerca de lo que se considera “trato degradante” ya que supone una problemática y más cuando no se enumeran conductas que pueden ser consideradas como tales. Además, debido a la acumulación de hechos que se han dado de delitos contra la integridad moral en residencias de personas mayores considero necesaria una regulación específica teniendo en cuenta que se aprovechan de la

³² Sentencia del Tribunal Supremo 477/2009 (Sala de lo penal, sección 2ª), de 10 de noviembre de 2009 (Recurso 2078/2008).

vulnerabilidad de estos y en un establecimiento en el que se supone que velan por su cuidado.

Acoso inmobiliario.

El acoso inmobiliario comprende “aquellas conductas de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo poseedor de un inmueble con la finalidad de que éste acabe abandonando la finca y renunciando a sus derechos con respecto a ellas. Así entendido, el mobbing inmobiliario venía siendo referido, en función de las circunstancias del caso concreto, a los delitos de coacciones o a los delitos contra la integridad moral”.³³

Por tanto, cabrían todas aquellas conductas que se lleven a cabo con el fin de que la víctima de avanzada edad abandone su inmueble tales como cortes de luz, de agua, etc. Cabe señalar que el acoso inmobiliario no viene regulado como tal en el Código Penal siendo de aplicación el artículo 173.1.

En conclusión, hemos de señalar que por las características que poseen las personas mayores como sujetos pasivos pueden ser la víctima perfecta de este tipo de delitos por lo que es necesaria la creación de un delito propio en relación con estas prácticas constitutivas de acoso inmobiliario.

4.3 Delitos contra el patrimonio: el llamado maltrato económico.

Las personas mayores no solo pueden ser víctimas de delitos que le supongan un daño a su integridad física o moral sino también pueden sufrir daños económicos. Esto es así ya que, se trate del ámbito familiar o no, hay quienes se aprovechan de su vulnerabilidad y los consideran como las víctimas perfectas. Así, bajo la rubrica del Título XIII sobre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en su capítulo VI se regulan los delitos de estafas en los artículos 249, 249, 250 y 251 del mismo.

³³ HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 57.



Según el artículo 248 del Código Penal cometen estafa: “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”.

Resulta necesario concretar qué es un engaño bastante. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 919/2016, de 07 de diciembre de 2016³⁴ señala que la doctrina de esa Sala ha considerado como engaño "bastante" aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Se deduce así que el engaño bastante es un elemento esencial de tipo penal. Como bien se explica en la sentencia a veces se toma en cuenta las características del engaño en si, mientras que otras veces se toman en cuenta las condiciones personales de las víctimas.

En el caso de la sentencia anteriormente mencionada el sujeto pasivo era una persona mayor al que diagnosticaron al interno un deterioro cognitivo moderado persistente, de al menos 5 meses de evolución y consideraron que el paciente estaba incapacitado para cuidar de si mismo y administrar sus bienes personales y patrimoniales. Por tanto, la vulnerabilidad del sujeto activo en este caso viene proporcionada por la edad avanzada y por un deterioro cognitivo de lo que se aprovecharon los sujetos activos para realizar transferencias de dinero a su favor y disponer de las llaves de su casa.

Se les aplicó a los acusados la agravante del artículo 250.6³⁵. Esta agravante ha suscitado problemas en cuanto a su aplicación. El TS entiende que El subtipo agravado previsto en el artículo 250.1, 6.º CP se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas, el abuso de relaciones personales, que atiende a un grado especial de vinculación entre autor y víctima. La segunda, el abuso de la credibilidad empresarial o profesional, que pone el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 919/2016 (Sala de lo penal, sección 2ª), de 7 de diciembre de 2016 (Recurso 428/2016).

³⁵ Art. 250.1. 6º CP “Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional...”.

profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa.

Además, hay autores que entienden que para la aplicación de la agravante no basta con que haya un abuso de las relaciones personales, sino que es necesaria una previa y anterior relación personal que represente el plus de confianza entre la víctima y el sujeto activo. Así, Si además de la confianza ordinaria no concurre otra confianza anterior y distinta no se aplicará la agravación, dado que se vulneraría el principio *non bis in ídem*, dado que el abuso de confianza se tomaría en cuenta dos veces, una para conformar el tipo básico de la apropiación y otro para aplicar la agravación³⁶.

En conclusión, será de aplicación el artículo 248 del CP relativo al delito de estafa cuando exista engaño bastante. Así, en caso de un abuso de la relación personal y de confianza anterior y ordinaria será de aplicación la agravante del artículo 250.6º del CP.

En mi opinión es importante destacar que dicha relación personal puede darse en el seno de una relación familiar o no³⁷, ya que como hemos visto se pueden llevar a cabo por profesionales de las residencias de personas mayores que abusan de la vulnerabilidad de estas para engañarlas.

5. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*.

La vulnerabilidad que caracteriza a las personas mayores de edad y el crecimiento de este sector de la población justifica la necesidad de un tratamiento penal específico.

Como hemos analizado, tras la supresión de la falta del art. 619 CP, este sigue sin regular ni tipificar específica y adecuadamente la protección a las personas mayores ni en el sistema de circunstancias genéricas ni en los delitos específicos.

En el ámbito de la circunstancia genérica de discriminación consideramos que debería introducirse la edad como criterio de este. Y, en especial, esta circunstancia supone un factor de discriminación que se ha puesto en relevancia tras la crisis sanitaria actualmente sufrida.

³⁶ JAVATO MARTÍN, ANTONIO MANUEL, “El maltrato sobre las personas mayores. perspectiva jurídico penal”, en HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 132.

³⁷ En estos casos podrá resultar de aplicación la excusa absoluta del art. 268 del CP siempre que se presente en el ámbito familiar y haya convivencia.



Atendiendo a otras agravantes como el abuso de superioridad o de confianza consideramos que la regulación actual si puede dar una respuesta efectiva a la situación de las personas mayores.

En relación con las lesiones, cuando sean fuera del ámbito familiar, consideramos que debería incluirse en el apartado 3º del artículo 148 del CP a las personas mayores junto a los menores de 12 años o personas con discapacidad.

En el caso de las lesiones dentro del ámbito familiar tanto del art. 148.5 como 153 CP consideramos que el término vulnerable no dota de una protección necesaria a la persona mayor, pues requiere convivencia y no da una respuesta específica a estas sino las integra en el concepto indeterminado de vulnerable. Propongo que, precisamente en dicho texto punitivo, se añada la agravación cuando se tratare también de una persona mayor.

En referencia con los delitos contra la integridad moral también el legislador vuelve a olvidarse de otorgar la protección efectiva a las personas mayores, pues en el art. 173 CP se refiere como elemento agravatorio punitivo a las condiciones de “menores e incapaces” y olvida la vulnerabilidad de los ancianos cuando hemos de recordar que es una población muy importante y creciente, urgentemente necesitada de similar protección penal contra los abusos y malos tratos que sufren.

De igual manera en los delitos de abandono tampoco se menciona las personas mayores.

En definitiva, consideramos que debemos visibilizar a las personas mayores en el Código Penal y dotarlas de una protección efectiva, necesaria y merecida.



Bibliografía.

- ACOSTA GONZÁLEZ, NICOLÁS, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (II)”, DÍAZ PALAREA, MARÍA DOLORES, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2018.
- ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. Y JAVATO MARTÍN, ANTONIO MANUEL, “Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa”, HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, CARMEN, “Delitos contra los derechos y los deberes familiares en el Código Penal español”, en *Revista Penal México*, núm. 6, marzo-agosto de 2014.
- CARBAJO VÉLEZ, M^a DEL CARMEN, “La historia de la vejez”, en *Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, núm. 23, 2008.
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Protección jurídico-penal de las personas mayores frente al abandono. especial consideración de los delitos de los arts. 226, 229, 230, de la falta del art. 619 CP y de sus relaciones concursales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 2010.
- HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IBORRA MARMOLEJO, ISABEL, “Factores de riesgo del maltrato de personas mayores en la familia en población española”, en *Revista de servicios sociales*, núm. 45, 2019.
- IBORRA MARMOLEJO, ISABEL, “Maltrato de personas mayores en la familia en España”, en *Fundación de la Comunitat Valenciana para el estudio de la violencia (Centro Reina Sofía)*, núm. 14, 2008.
- IBORRA MARMOLEJO, ISABEL, “Introducción al maltrato de personas mayores”, en HOYOS SANCHO, MONTSERRAT, *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.



- MARCO FRANCIA, MARÍA PILAR, “Los malos tratos en la tercera edad en España. La invisibilidad como factor de vulnerabilidad”, en *Revista de Trayectorias Humanas Trascontinentales*, 2019.
- MARTÍNEZ QUES, ÁNGEL ALFREDO, “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, en *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 17, 2015.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, ed. 22ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- PEREZ ROJO, GEMA, “Factores de riesgo asociados al maltrato hacia personas mayores con demencia en el ámbito comunitario”, en *Revista de servicios sociales*, núm. 43, 2018.
- SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, “Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y personas mayores (I)”, DÍAZ PALAREA, MARÍA DOLORES, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2018.

Índice de Sentencias.

- Sentencia del Tribunal Supremo 459/2018 (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 10 de octubre de 2018 (Recurso 2201/2017).
- Sentencia del Tribunal Supremo 919/2016 (Sala de lo penal, sección 2ª), de 7 de diciembre de 2016 (Recurso 428/2016).
- Sentencia del Tribunal Supremo 477/2009 (Sala de lo penal, sección 2ª), de 10 de noviembre de 2009 (Recurso 2078/2008).
- Sentencia del Tribunal Supremo 742/2007 (Sala de lo penal, sección 2ª), de 16 de septiembre de 2007 (Recurso 10127/2007)
- Sentencia del Tribunal Supremo 363/2007 (Sala 2ª) de 28 de marzo. (Recurso: 807/2005)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 111/2003 (Sección 8ª), de 23 de abril de 2003. (Recurso: 31/2003).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 313/2018 (Sección 2ª), de 13 de marzo de 2017. (Recurso 65/2017).



Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria 107/2013 (Sección 2ª), de 5 de junio de 2013. (Recurso: 43/2013)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 111/2003 (Sección 8ª), de 23 de abril de 2003. (Recurso: 31/2003).

Juzgado de lo Penal nº1 de Palencia 328/2017 de 10 de octubre.

