

**INSTRUMENTOS JURÍDICOS ESPECIALES
PARA LA PROTECCIÓN
DE LAS PERSONAS MAYORES**

PROTECCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS MAYORES

Antonio María JAVATO MARTÍN*

Resumen

En este trabajo se estudia el maltrato a las personas mayores desde la perspectiva jurídico-penal. En primer lugar, se ofrece un concepto de este fenómeno para a continuación analizar las herramientas que ofrece el Derecho Penal para proteger a estas personas. Atención singularizada se otorga a los hechos cometidos en las residencias de ancianos durante la primera ola de la pandemia de COVID-19 y a su posible trascendencia penal. Finalmente, el trabajo se cierra con una serie de conclusiones y consideraciones de política criminal.

Palabras clave

Maltrato, personas mayores, Derecho Penal, residencias de ancianos.

Abstract

The study approaches the abuse of the elderly from a legal-criminal perspective. A legal concept of this mistreatment is offered in the first place in order to then analyze the tools offered by (Spanish) Criminal Law to protect the elder. Special focus is placed on the acts committed in nursing and retirement homes during the first wave of the Covid-19 pandemic and to their possible criminal significance. Finally, the paper closes with a series of conclusions and considerations of criminal policy regarding the issue at stake.

Keywords

Abuse, the elder, Criminal Law, nursing and retirement homes.

* Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid. Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Segovia. javato@der.uva.es

SUMARIO: I. Introducción. Aproximación al fenómeno del maltrato a personas mayores. II. Circunstancias de la parte general. 2.1 Alevosía. 2.2 Abuso de superioridad. 2.3 La agravante de discriminación. 2.4 Abuso de confianza. 2.5 La circunstancia mixta de parentesco. III. Circunstancias de la parte especial. IV. Delitos más frecuentemente cometidos sobre personas mayores. 4.1 Lesiones. 4.2 Delitos contra la integridad moral. 4.3 Abandono de familia y de discapacitados y omisión de auxilio a personas mayores. 4.4 Maltrato económico. V. Responsabilidad penal en las residencias de ancianos durante la pandemia de COVID-19. VI. Conclusiones. Consideraciones de política criminal. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DEL MALTRATO A PERSONAS MAYORES

EL conocido como maltrato a personas mayores (1) es un fenómeno que se ha incrementado notablemente en la actualidad (2). Entre las causas de ello se suelen citar el paulatino envejecimiento de la población, sobre todo en los países desarrollado debido al aumento de la esperanza de vida, la pérdida de estimación social del anciano antaño reverenciado y hoy en muchos casos considerado como una carga familiar no productiva, lo que se acompaña con un incremento de la estimación social de la juventud; o la aparición de una nueva estructura y concepción familiar donde ambos progenitores trabajan y por tanto los ancianos no pueden ser cuidados de modo efectivo incrementándose el número de institucionalizaciones a personas mayores (3).

(1) Nótese que la expresión «personas mayores» es la preferida actualmente en el mundo del Derecho, tanto en la Ley como en la jurisprudencia y la doctrina, frente a otras como «viejos», «ancianos» o «personas de la tercera edad». Véase HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, tesis doctoral Madrid, 2015, pp. 35 ss. (Disponible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=Egzza7Pzi4Q%3D>). El problema estriba en determinar qué se debe entender por «persona mayor». El Código Penal español no proporciona una definición al respecto. Destaca MORILLAS FERNÁNDEZ, D., «Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia», *RECPC*, núm. 2, 2000, pp. 1 ss., cómo Naciones Unidas en sus diferentes documentos sobre el tema se inclina por la referencia a personas mayores (*older persons* en inglés, *personnes âgées*, en francés), incluyéndose en ellas a todas las personas de más de sesenta años. Por el contrario, continúa este autor, la tendencia europea, las restringe a personas mayores de sesenta y cinco años. Ahora bien, debido a los avances en el campo de la salud y al incremento tanto en la esperanza como en la calidad de vida, se percibe una tendencia entre los profesionales que trabajan con personas mayores a incluir en este grupo de edad a aquellos que ya han cumplido los 70-75 años.

(2) Destaca la OMS que, según un estudio de 2017 basado en la mejor evidencia disponible de 52 investigaciones realizadas en 28 países de diversas regiones, incluidos 12 países de ingresos bajos y medianos, durante el último año el 15,7% de las personas de 60 años o más fueron objeto de alguna forma de maltrato, porcentaje que seguramente representa una subestimación, ya que solo se denuncia uno de cada 24 casos de maltrato a persona mayores. Información extraída de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse> (última consulta, 12 de enero de 2021).

(3) Véase muy ampliamente sobre las causas de este fenómeno. GARCÍA SÁNCHEZ, E., *El maltrato a personas mayores*, tesis doctoral, Albacete, 2016, disponible en <https://ruidera.uclm.es> (última consulta, 21 de diciembre de 2020), pp. 108 ss.; del mismo, *El maltrato a los ancianos en el ámbito familiar*, ed. Altabán, Albacete, 2007, pp. 79 ss.; JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva jurídica penal», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídica penal y procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 68 ss.

Hay que destacar, no obstante, que el concepto de maltrato resulta controvertido. Las conductas que constituyen maltrato a las personas mayores integran un elenco variado de conductas difícilmente reconducible a una unidad y con diferente significación penal (4).

Las definiciones que se han venido formulando apuntan, por lo general, a un concepto muy amplio de maltrato en el que encuentran cabida la acción y la omisión; las conductas que atentan contra derechos fundamentales y aquellas que causan angustia, o privan de la atención necesaria para el bienestar; el acto aislado y la repetición de actos; el comportamiento doloso y el imprudente (5).

Sirva como botón de muestra de estas definiciones la ofrecida por Isabel Iborra Marmolejo que describe el maltrato de personas mayores 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 derechos». Para que estos hechos se tipifiquen como maltrato, puntualiza esta autora, deben ocurrir en el marco de una relación interpersonal donde exista una expectativa de confianza, cuidado, convivencia o dependencia (6).

Hay que advertir que para que estas conductas tengan trascendencia penal es necesario que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico protegido mediante un delito tipificado.

Se distingue entre un maltrato familiar o doméstico y un maltrato institucional. El primero, es el cometido por un miembro familiar, que suele ser el principal cuidador del anciano. Se suelen ocultar y no se denuncia mayoritariamente (7). Se considera un maltrato resultado de tensiones económicas y sociales que sufren hogares con escasos recursos, y donde el anciano es considerado una carga. El segundo, es el que se produce fuera del entorno familiar y domiciliario del anciano y ligado a las instituciones que lo acogen, ya

(4) ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 42 ss.

(5) ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa»..., *op. cit.*, pp. 43. En la misma línea SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, T. M., «La protección penal de los grupos vulnerables: la tercera edad. Su tratamiento penal», *Diario La Ley* núm. 9614, de 16 de abril de 2020, pp. 3-4. Sobre este «amplio concepto» de maltrato véase, asimismo, MOYA BERNAL, A./BARBERO GUTIÉRREZ, J., *Malos tratos a personas mayores. Guía de actuación*, INSERSO, 2005, pp. 23 ss., disponible en www.copib.es/pdf/imsero-malostratos-01.pdf (última consulta, 21 de diciembre de 2020); GARCÍA SÁNCHEZ, E., *El maltrato a personas mayores...*, *op. cit.* pp. 27 ss.; del mismo *El maltrato a los ancianos en el ámbito familiar...*, *op. cit.* pp. 25 ss.; RUEDA ESTRADA J. D., *El maltrato a personas mayores: bases para un estudio*, Junta de Castilla y León/Universidad de Valladolid, Valladolid, 2006, disponible en <http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/> (última consulta, 22 de diciembre de 2020), pp. 73 ss.

(6) IBORRA MARMOLEJO, I., «Introducción al maltrato de personas mayores», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 15.

(7) Ello se debe a varios factores como son, la falta de capacidades físicas o psíquicas para llevarlo a cabo así como el rechazo de denunciar a personas que las están cuidando por temor a una represalia o por vergüenza a denunciar a miembros de su familia especialmente a los hijos. Véase SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, T. M., «La protección penal de los grupos vulnerables...», *op. cit.*, p. 1.

de forma transitoria, ya de forma permanente (residencias de ancianos, hospitales, etc.) (8).

Frente a este fenómeno social preocupante el Derecho Penal no prevé una reacción específica. No existe, por tanto, un Derecho Penal propio de las personas mayores o de la tercera edad. Esto se traduce en que ni en la parte general ni en la parte especial del Código Penal español (CP) encontramos circunstancias agravantes referidas a la edad avanzada de la víctima ni delitos singulares que protejan a personas de esta franja de edad (9).

El viejo Código Penal de 1973 contemplaba en el artículo 10, núm. 16 la circunstancia de «ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada, cuando no haya provocado el suceso».

Pero esta agravante, referida en la práctica a ancianos y niños, que se fundamentaba en el respeto a los valores socialmente reconocidos, esto es, en el quebrantamiento del respeto socialmente debido a niños y ancianos, desaparece en la reforma del CP de 1983 al considerarse contraria al principio de igualdad (10).

Asimismo en el Código Penal se consagraba en su articulado una figura que incluye la situación en la que se encuentra una persona en atención a su edad avanzada, el artículo 619 CP, que castigaba, como falta, con pena de multa de 10 a 20 días a «los que dejen 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» (11). Sin embargo, dicho tipo delictivo fue derogado en la reforma penal de 2015, reforma mediante la que se suprime el libro III del Código Penal relativo a las faltas.

Desaparecidos hoy en día del ordenamiento jurídico penal estos dos preceptos, la circunstancia genérica y la falta, y por consiguiente estando huérfanos de una regulación directa, la protección o tutela de las personas de avanzada edad se arti-

(8) Véase SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, T. M., «La protección penal de los grupos vulnerables...», *op. cit.*, p. 5 ss.; JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, pp. 83 ss. Además de esta clasificación que tiene en cuenta el ámbito en que se produce el maltrato se han formulado otras que atienden a la forma de realización. En este sentido, IBORRA MARMOLEJO, I., «Introducción al maltrato de personas mayores...», *op. cit.*, pp. 16 ss., diferencia cinco categorías posibles: el maltrato físico, el maltrato psicológico, negligencia, abuso económico y abuso sexual. En la misma línea RUEDA ESTRADA J. D., *El maltrato a personas mayores...*, *op. cit.*, pp. 86 ss. y GÓMEZ MARTÍNEZ y otros, «Factores relacionados con el maltrato no institucional en residencias de personas mayores», *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, vol. 51, núm. 6, 2016, pp. 317-322, disponible en <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-geriatria-gerontologia-124-pdf-S0211139X1600041X> (Última consulta, 28-12-2020). Sobre las diferentes tipologías de este fenómeno, muy ampliamente, GARCÍA SÁNCHEZ, E., *El maltrato a personas mayores...*, *op. cit.* pp. 74 ss., autor que referencia hasta doce modalidades de maltrato a personas mayores.

(9) Sobre la situación en el Derecho Comparado, véase, ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa» ..., *op. cit.*, pp. 58 ss.

(10) Véase GARCIA SANCHEZ, E., *El maltrato a personas mayores...*, *op. cit.*, p. 249; ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa» ..., *op. cit.*, pp. 42-43; HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores...*, *op. cit.*, p. 348; JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, p. 88.

(11) Véase GÓMEZ TOMILLO M., «Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 169 y 190 ss.

cula mediante determinadas circunstancias agravantes generales y especiales. En lo que sigue procedemos a su análisis.

II. CIRCUNSTANCIAS DE LA PARTE GENERAL

En el Libro I del Código Penal se contienen un cuadro de circunstancias generales que son aplicables a todos y cada uno de los delitos. En el artículo 21 se recogen las circunstancias atenuantes, en el artículo 22 las agravantes y en el artículo 23 la circunstancia mixta de parentesco que opera bien como agravante o bien como atenuante. Acometemos a continuación el estudio de las circunstancias agravantes que son especialmente aplicables a las personas mayores.

2.1 Alevosía

En el art. 22. 1 del Código Penal se regula la circunstancia agravante de alevosía. Este artículo nos dice que *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.*

La alevosía constituye también una circunstancia específica agravante del delito de asesinato del artículo 139 CP y del delito de lesiones del artículo 148.2 CP. En estos dos supuestos estaría excluida la apreciación de la agravante del artículo 22.1 en virtud del principio *non bis in ídem*.

La jurisprudencia viene distinguiendo de forma constante tres tipos de alevosía: a) La proditoria o aleve caracterizada por la trampa, la emboscada, el acecho o la celada mediante las que el agente actúa de modo que la víctima no pueda percibirse de la presencia del atacante hasta el momento mismo del hecho; b) La alevosía por sorpresa que se caracteriza por una actuación súbita e inesperada, de tal forma que el sujeto activo no desvela sus intenciones y aprovechando la confianza de la víctima actúa de manera fulgurante y repentina; es precisamente el carácter fulgurante de la agresión lo que anula la posibilidad de defensa; c) La alevosía de desvalimiento en la que se produce una especial situación de desamparo de la víctima, ya por tratarse de una persona indefensa por su propia condición (niños, ancianos, inválidos, ciegos) ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada o embriagada) (12).

Por tanto, el ataque a ancianos es considerado clásicamente como alevoso (13), siendo siempre equiparado al de los niños de corta edad. Sin embargo, esta inter-

(12) Entre otras las SSTS 778/2017, de 30 de noviembre y 639/2016, de 14 de julio. Véase GOYENA HUERTA, J., «Artículo 22», *Comentarios Prácticos la Código Penal*, Thomsom Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 337; PEÑARANDA RAMOS, E., «Circunstancias agravantes y mixta de parentesco», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021, pp. 528-529; Juanes Peces, A. (Coord.), *Código penal. Comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 4.ª ed., Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017, «art. 22», pp. 137-138; BARJA DE QUIROGA y otros, *Código Penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, 16.ª ed., Colex, Madrid, 2018, p. 109.

(13) STS 1645/2003 de 9 de diciembre, y STS 742/2007 de 26 de septiembre.

pretación jurisprudencial ha sido criticada por la doctrina mayoritaria que entiende que en esta tercera modalidad de alevosía se debería apreciar la agravante de abuso de superioridad ya que el sujeto activo simplemente se encuentra con las condiciones innatas de la víctima sin que el autor utilice «medios, modos, formas» que tiendan a asegurar el hecho; a lo que habría que añadir la existencia de una posibilidad de reacción defensiva, aunque sea escasa (14).

No obstante, el mero dato objetivo de la avanzada edad no hace automáticamente aplicable la alevosía dado que la jurisprudencia ha exigido que en el caso concreto se constate, además de una avanzada edad, una específica situación de debilitamiento/desvalimiento (15). Habrá por tanto que decidir si concurre este agravante caso por caso en atención a las circunstancias que rodean el hecho.

2.2 Abuso de superioridad

Esta agravante, regulada en el artículo 22.2 CP, es conocida como «alevosía de segundo grado» o «alevosía menor» y se fundamenta en una situación de desequilibrio de fuerzas entre el sujeto o sujetos activos del delito y la víctima, de tal forma que, sin privar a esta de su capacidad de defensa, como acontece en la alevosía, se provoca una mengua o minoración de tal capacidad y se sitúa así al ofensor en una situación de notoria ventaja.

Conforme a reiterada jurisprudencia (16) los elementos que integran la citada circunstancia serían los siguientes: a) La existencia de un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental), bien al hecho de que concorra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal); b) La disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido sin que lleguen a eliminarse pues si esto ocurriera nos hallaríamos en presencia de la alevosía; c) Un elemento de naturaleza subjetiva consistente en que haya un efectivo abuso de superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esta situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para un más fácil realización del delito; d) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque por las circunstancias concretas el delito necesariamente se tuviera que realizar así (17).

(14) Véase por muchos, SANTANA VEGA, D., «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores», *Marco Jurídico y Social de las Personas Mayores y de las Personas con Discapacidad*, Reus, Madrid, 2008, p. 352; Zugaldía Espinar, J. M. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 450.

(15) Véase, por muchas, la STS 778/2017, de 30 de noviembre. En este sentido, la SAP Alicante Sección 3.ª de 2 de marzo de 2005, núm. 102/2003, excluye la alevosía en el ataque de un joven de 26 años a una mujer de 70 años, pero no desvalida ni debilitada, dado que pudo defenderse. Aporta abundante jurisprudencia sobre ataques alevosos a ancianos, JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, p. 91.

(16) Entre las Sentencias más recientes véase SSTS 1390/2011, de 27 de noviembre, 863/2015, de 30 de diciembre.

(17) Véase PEÑARANDA RAMOS, E., «Circunstancias agravantes y mixta de parentesco»..., *op. cit.*, pp. 528-529; GOYENA HUERTA, J., «Artículo 22», *Comentarios Prácticos la Código Penal...*, *op. cit.*

Hay que resaltar que, al igual que acontece en la alevosía, el mero dato de la edad no basta para la apreciación de esta agravante, sino que es necesario probar el desequilibrio de fuerzas ente el ofensor y la víctima (18).

2.3 La agravante de discriminación

En el artículo 22.4 (19) CP se enumeran una serie de motivos discriminatorios que cualifican, en caso de concurrencia, la infracción cometida (20). Entre ellos no se encuentra el referido a la discriminación por edad. Esta omisión ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina que destaca cómo la edad avanzada solo podrá ser invocada en el marco de esta circunstancia si aparece asociada a una enfermedad o discapacidad que padezca la víctima y esté presente el motivo discriminatorio.

A mi juicio cabe apreciar aquí una laguna legal que debería ser llenada en una futura reforma del Código Penal. No parece razonable que se tome en cuenta la discriminación referente al sexo, la enfermedad, o la discapacidad que padezca la víctima y no la referente a su avanzada edad en cuanto tal, esto es, no acompañada de una discapacidad o enfermedad. Es significativo a este respecto, y expresión de la creciente sensibilidad hacia la protección de las personas mayores, la referencia expresa a la edad, en relación con la igualdad y no discriminación, en el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a tenor del cual «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual» (21).

Tampoco se tiene en cuenta la edad en una serie de delitos contruidos sobre el elemento discriminatorio como el delito de discriminación laboral (art. 314 CP),

cit., p. 343-344; Juanes Peces, A., (Coord.), *Código penal. Comentado...* «art. 22»..., *op. cit.*, pp. 144; BARJA DE QUIROGA y otros, *Código Penal. Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

(18) En la delincuencia sobre personas mayores esta circunstancia se suele aplicar en los delitos de lesiones y homicidio y en los delitos patrimoniales de contenido violento o agresivo, como por ejemplo el robo con violencia o intimidación en las personas. Véase JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, p. 91 aportando abundante jurisprudencia.

(19) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores...*, *op. cit.*, p. 349, autor que de manera crítica afirma: «...la no inclusión de la edad como causa de discriminación en el Código Penal, supone la inaplicabilidad de estos preceptos penales a discriminación por edad, algo que se nos hace bastante difícil de entender actualmente. En efecto, con el Código actual, las personas mayores solamente se pueden acoger a otra de las causas tipificadas, en el caso de que por sus circunstancias pueda alegarlas, como la situación familiar, la enfermedad o la discapacidad lo que, de nuevo no cubriría a toda la población mayor que pueda ser objeto de una discriminación». En el mismo sentido, ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa» ..., *op. cit.*, p. 49, y SANTANA VEGA, D., «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores...», *op. cit.*, p. 353.

(20) *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, 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.*

(21) ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa...», *op. cit.*, p. 49.

el delito de provocación a la discriminación (art. 510 CP), el delito de denegación de prestaciones por motivos discriminatorios (arts. 511-512 CP), el delito de asociación discriminatoria (art. 515.4 CP) y los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis.1 CP) (22).

Respecto al concreto delito de discriminación laboral, Rubén Herranz González (23), considera sorprendente la no inclusión de la edad teniendo en cuenta lo dispuesto al respecto en el Estatuto de los Trabajadores y en la Directiva 200/78 CE.

Sin embargo para Patricia Tapia Ballesteros (24), la edad no puede ser un criterio de discriminación ya que el colectivo que integra el colectivo discriminado ostentan la causa discriminatoria solo temporalmente. «Atravesar por una determinada edad, [argumenta esta autora], es algo ineludible por todos los trabajadores. De este modo es una circunstancia física, que puede conllevar perjuicios, pero transitoria, es decir, no es comparable con el sexo o el color de la piel que se tiene desde que se nace hasta que se muere o con la ideología que, una vez adquirida se pertenece a un colectivo y lo habitual es continuar en él de forma definitiva salvo nuevo cambio ideológico...». Nos hallaríamos entonces, en palabras de la citada autora, no ante una causa de discriminación sino ante un motivo de trato desigual que no debe integrarse en el artículo 314 CP.

2.4 Abuso de confianza

El abuso de confianza plasmado en el artículo 22.6 CP se presenta con relativa frecuencia en los delitos en que las personas mayores pueden ser víctimas. Su fundamento estriba en la preexistencia de una especial relación de confianza entre el autor del delito y la víctima, de la que aquel se aprovecha, faltando a los deberes de fidelidad y lealtad que existen entre ambos.

La jurisprudencia exige para su aplicación la concurrencia de dos elementos: a) Por un lado, un elemento subjetivo, consistente en la especial relación entre el sujeto activo y el pasivo, que da lugar a la relación de confianza y, con ello a un específico deber de lealtad entre ambos sujetos; b) Por otro, un elemento objetivo que consiste en el aprovechamiento de esa particular relación que permite al autor del delito una mayor facilidad para cometerlo, en la medida en la que la víctima no recela ni desconfía y, por tanto, estará más indefensa (25).

Respecto a las personas mayores esta circunstancia será aplicable al delito de hurto, no apreciándose en los supuestos de abuso económico intrafamiliar, bien por ser absorbida por la de parentesco, bien por su inherencia con el delito de apropiación indebida y el de administración desleal, bien por contar el delito de estafa en este ámbito con su propia agravación, a saber, el abuso de relaciones personales contenido en el artículo 250.1.6 del CP.

(22) HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores...*, *op. cit.*, p. 349.

(23) *Ibidem*.

(24) TAPIA BALLESTEROS P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 266 y 267.

(25) SSTs 19 de junio de 2008 y de 13 de julio de 2017. Véase PEÑARANDA RAMOS, E., «Circunstancias agravantes y mixta de parentesco...», *op. cit.*, p. 549; GOYENA HUERTA, J., «Artículo 22», *Comentarios Prácticos la Código Penal...*, *op. cit.*, p. 360.

2.5 La circunstancia mixta de parentesco

Establece el artículo 23 CP que: *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.*

Como destaca Dulce Santana Vega (26) esta agravante tiene una especial incidencia en los ataques a personas mayores toda vez que estos presentan respecto a sus familiares grandes relaciones de dependencia.

Nos hallamos ante una circunstancia que tiene una naturaleza bifronte, mixta, de tal forma que en función del tipo de delito cometido operará bien como agravante bien como atenuante. La jurisprudencia viene sosteniendo que agravará la pena en los delitos de carácter personal –vida, integridad física y moral, libertad, libertad e indemnidad sexual– y la atenuará en los delitos contra el patrimonio por analogía con la excusa absolutoria plasmada en el artículo 268 CP (27).

Ahora bien, la doctrina especializada aboga por revisar este criterio en el caso de que los delitos patrimoniales tenga como víctimas a parientes que son personas mayores pues para ellas su patrimonio se convierte en una especial garantía no solo de subsistencia o bienestar sino también de especiales tratamientos médicos o pago de residencia, sin que tengan tantas posibilidades o alternativas de recuperación patrimonial como las personas más jóvenes (28); postura que debería conducir a una reformulación de la excusa absolutoria del artículo 268 del CP. Y esta reformulación ha tenido lugar con la reforma del CP de 2015, en la que, siguiendo esta –en mi opinión– correcta tesis doctrinal, se deja fuera de su radio de acción a «las personas de cuya vulnerabilidad se abusara, bien por razón de edad o de discapacidad», lo que seguramente supondrá un viraje en el clásico criterio jurisprudencial expuesto concerniente a semejantes parientes. A ello nos referiremos en páginas posteriores.

III. CIRCUNSTANCIAS DE LA PARTE ESPECIAL

Tampoco en la parte especial del Código Penal la vejez o ancianidad de la víctima es tomada en cuenta de forma directa como una circunstancia agravante de las correspondientes figuras delictivas. De modo que la tutela de este colectivo se efectúa por la aplicación de agravaciones que le son aplicables pero no específicas y que comparten con otros colectivos, como la «edad», expresión que permite incluir a los mayores pero especialmente a los menores, la «discapacidad»; o la «especial

(26) SANTANA VEGA, D., «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores...», *op. cit.*, p. 355.

(27) PEÑARANDA RAMOS, E., «Circunstancias agravantes y mixta de parentesco», ..., *op. cit.*, pp. 570-571.

(28) SANTANA VEGA, D., «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores...», *op. cit.*, p. 355; JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, p. 92.

vulnerabilidad» (29). A veces aparecen amalgamadas la «especial vulnerabilidad» con la «edad» o la «discapacidad». Así por ejemplo, el art. 140 CP tal como ha quedado redactado tras la reforma de 2015, establece como circunstancia agravante del asesinato que el mismo se perpetre contra «una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad», castigándolo con pena de prisión permanente revisable.

Abordamos sucintamente el estudio de los motivos de agravación relativos a la «especial vulnerabilidad» y a la «discapacidad».

El Código Penal no proporciona una definición de «persona especialmente vulnerable». El TS ha predicado la vulnerabilidad de la víctima esencialmente relacionada con la «edad pudiendo ser ésta muy escasa o elevada... siendo lo importante que tal edad incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad», o bien a causa de «la enfermedad que padezca, cualquiera que sea su edad», o incluso en atención a las condiciones objetivas de la comisión delictiva «por la situación en que se encuentre, que debe ser interpretado como algo externo a su personalidad» (30).

La condición de «persona especialmente vulnerable» es tomada en cuenta en numerosos tipos penales. En el ámbito de la violencia doméstica y de género aparece en el marco del delito de lesiones en artículo 148.5 del CP y en el artículo 153.1 del CP exigiendo la convivencia con el autor; en los delitos contra la libertad sexual (art. 180.1.3.^a del CP para las agresiones sexuales, 184.3 del CP para el acoso sexual o 188.3 del CP para la prostitución), o en el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis.4.b). Igualmente aparece contemplada dicha agravante para las amenazas (art. 171.4 del CP, amenazas leves a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor) y para la coacción (art. 172.2 del CP, coacciones leves a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor).

La especial vulnerabilidad por razón de edad, y de discapacidad, permite pues extender la tutela penal reforzada tanto a personas de edad avanzada, como aquellas que presenten una limitación de sus condiciones físicas o psíquicas que merme su capacidad defensiva. Ahora bien, la avanzada edad no supone automáticamente que exista especial vulnerabilidad de la víctima y se aplique la agravación, sino que deberá acreditarse en cada caso que además de tratarse de una víctima anciana o de edad avanzada, se encuentre en un estado especialmente vulnerable por su estado físico o psíquico, posibilidad de defensa, situación convivencial, discapacidad, situación etc.

A diferencia de lo que sucede con la «especial vulnerabilidad» el Código Penal sí proporciona en su artículo 25 una definición auténtica de la discapacidad. Este artículo fue modificado por la reforma de 2015 que sustituyó los anacrónicos términos «minusvalía» e «incapaz» por los de «discapacidad» y «persona con discapacidad necesitada de especial protección». Con ello se pretendió adecuar la legislación penal a los acuerdos de la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13-12-2006. La definición que se ofrece en el

(29) Destacado por ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa...», *op. cit.*, p. 51, y JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, p. 95.

(30) STS 224/2003, de 11 de febrero.

párrafo 1 del artículo 25 de discapacidad requiere la concurrencia de tres requisitos: a) deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales; b) permanencia; c) que estas deficiencias al interactuar con diversas barreras limiten o impidan participar en la sociedad en igualdad de condiciones.

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 25 CP nos suministra, asimismo –a los efectos de este Código– un concepto de «persona con discapacidad necesitada de especial protección». La definición alude a la persona con discapacidad, tenga modificada o no su capacidad de obrar por resolución judicial, que requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente (31).

Tanto el término «discapacidad» como el de «persona discapacitada necesitada de especial protección» son tomados en cuenta en numerosos tipos penales. Josep M.^a Tamarit Sumalla destaca que la Ley de 2015 modifica diversos preceptos del Código Penal en los que la expresión «incapaz» es sustituida por la de «persona con discapacidad necesitada de especial protección». Así en los artículos 153, 166 a), 173.2, 188.1 (en cuatro ocasiones), 189.2, 189.4, 189.5, 189.6, 189.8 o la rúbrica de la 3.^a del Capítulo III del Título XII del Libro II (32). Además, afirma este autor, la meritada Ley introduce algunos tipos cualificados orientados a una protección específica y reforzada de este tipo de personas. En lo tocante a las personas con discapacidad se incluye como uno de las circunstancias de la modalidad típica del asesinato cualificado, la de que la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad física o mental (art. 140.1.2). En lo concerniente a «las personas con discapacidad necesitadas de especial protección», el nuevo tipo delictivo de acoso del artículo 172 ter incluye un tipo agravado en caso de que la víctima tenga esa condición (33).

En cuanto a el fundamento de la cualificación basada en la discapacidad o en la discapacidad necesitada de especial protección, Josep M.^a Tamarit Sumalla (34) alude a dos factores. Por una parte, el hecho de que nos encontramos ante un colectivo de riesgo, en el sentido de que estas personas padecen tasas de victimización superiores a la población en general. Por otra, se aprecia en ellas una mayor vulnerabilidad a las consecuencias de los abusos o la violencia, lo cual contradice la extendida creencia de que la mayor limitación de sus recursos cognitivos o psíquicos les hace menos capaces de sufrir.

(31) Véase al respecto, TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿Tan solo una cuestión conceptual?», *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 71 ss.; IGLESIAS RÍO, M. A., «art. 25», *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo I (Gómez Tomillo M., Coord.), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 395 ss.; MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTÍN, V., «art. 25», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blach, Valencia, 2015, pp. 159-160.

(32) TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 74.

(33) TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad...», *op. cit.*, pp. 74-75. El elenco de otros delitos donde se incluyen el concepto de discapacidad, eso sí con la antigua terminología, en ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa...», *op. cit.*, pp. 53 ss.

(34) TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad...», *op. cit.*, p. 75.

IV. DELITOS MÁS FRECUENTEMENTE COMETIDOS SOBRE PERSONAS MAYORES

Vistas las circunstancias agravantes genéricas y especiales aplicables a las personas mayores vamos a exponer, de manera somera, los tipos delictivos que más frecuentemente son cometidos sobre personas mayores. Podríamos destacar cuatro grupos. Los delitos de lesiones (maltrato físico); los delitos contra la integridad moral en los que se subsumirían las conductas gravemente vejatorias o degradantes sobre ancianos; los delitos de abandono de familia y de incapaces y la omisión de auxilio a personas mayores; y finalmente, los delitos patrimoniales cometidos sobre ancianos, lo que se conoce como maltrato patrimonial.

4.1 Lesiones

Son la forma más genuina del maltrato o violencia contra mayores y se llevan a cabo tanto en el ámbito institucional como en el ámbito intrafamiliar.

El delito de lesiones se regula en los, artículos 147 ss. CP. El tipo básico se consagra en el 147.1 construyéndose a su alrededor dos tipos atenuados en el artículo 147.2.3 (35) que se corresponde con las antiguas faltas de lesiones y de malos tratos de obra del artículo 617 –perseguidos a instancia de parte– y varios tipos cualificados en función de la forma de ejecución del hecho (mayor desvalor de acción) o la cualidad de la víctima, artículo 148 (36), o en función de los resultados producidos, artículo 149 (37) y 150 (38). En el artículo 152 se sancionan las lesiones cometidas por imprudencia, modulándose la reacción punitiva en función de si la imprudencia es grave o menos grave. Junto a ello se consagran tres tipos autónomos, específicos: el maltrato y las lesiones en el ámbito familiar

(35) Artículo 147.1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. 2 El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. 3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses. 4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores solo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

(36) Artículo 148. *Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado. 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía. 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 4.º 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. 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

(37) *El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.*

(38) *El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.*

(art. 153), la participación en riña con medios peligrosos (art 154) y el tráfico y trasplante ilegales de órganos humanos (156 bis).

La conducta típica de la modalidad dolosa básica consiste en causar a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Esta acción puede llevarse a cabo «por cualquier medio o procedimiento», es decir, tanto por acción en sentido estricto, como, en los casos en que haya posición de garante, en comisión por omisión (dejando a una persona sin alimentar, expuesta al frío etc.).

La diferenciación entre el tipo básico del artículo 147 (lesiones graves) que lleva aparejada una pena de hasta 3 años de prisión y el tipo atenuado del artículo 147-2 (lesiones leves) que comporta únicamente una pena de multa estriba en la necesidad o no para su sanación de tratamiento médico o quirúrgico. Si hay tratamiento, se aplicaría el artículo 147.1, si solo se precisa una primera asistencia facultativa entonces habría que subsumir los hechos en el artículo 147.2. El problema radica en determinar cuándo nos hallamos en uno u otro caso. La jurisprudencia ha sido la encargada de ir fijando, de manera casuística, el espacio propio de cada delito (39). No obstante, el propio artículo 147.1 (*in fine*) ya nos da una pauta interpretativa a estos efectos al establecer que, «la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico» (40).

Especialmente aplicables a las personas mayores serían el tipo de lesiones cualificado del artículo 148.5 («Si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor») y el tipo específico previsto en el artículo 153. En él se castigan las lesiones leves del artículo 147.2 y los malos tratos de obra del artículo 147.3 cuando se cometen sobre tres tipos de personas: a) La que sea o haya sido esposa o sea o haya sido mujer ligada al agresor con una análoga relación de afectividad, aunque no haya convivencia. En este primer supuesto nos encontramos en el campo de la violencia-ocasional- de género; b) Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o una serie de familiares y personas integradas en el núcleo de convivencia familiar del autor que aparecen enumeradas en el artículo 173.2, entre las que se cuentan los ascendientes; c) Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a guardia y custodia en centros públicos y privados.

(39) Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, son lesiones del artículo 147.1 CP aquellas que exijan intervención propiamente curativa del médico o personal auxiliar, así como aquellas en las que la actividad curativa prescrita la deba llevar a cabo el propio lesionado (ingesta de fármacos, dietas, ejercicios, rehabilitación etc.). También se considera delito las lesiones que precisan inmovilización de zonas del cuerpo debido a fracturas óseas y otros traumatismos. Constituyen, en cambio, delito de lesiones leves del artículo 147.2 CP las lesiones de poca entidad que, a lo sumo exigen observación y tratamiento preventivo, así como aquellas que requieren únicamente reposo, siempre y cuando este no tenga una finalidad rehabilitadora Véase por todas STS 353/2014, citada por FELIP Y SABORIT, D., «Las lesiones», *Lecciones de Derecho Penal*, 6.ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, p. 77.

(40) Sobre los elementos del delito véase DEL ROSAL BLASCO, B. «Cap. 4. Las Lesiones», *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 73 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 99 ss.; CARBONELL MATEU, J. C., «Lección VI. Lesiones», *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 106 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA F. J., «Lesiones», *Derecho Penal Español, Parte Especial* (I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 179 ss.

Con la inclusión de las personas especialmente vulnerables, los ascendientes y las personas sometidas a guardia y custodia en determinados centros, se estaría dando cabida en el artículo 153 al maltrato leve intrafamiliar e institucional efectuado sobre las personas mayores.

4.2. Delitos contra la integridad moral

El artículo 173-1 recoge el tipo básico de los delitos contra la integridad moral. Castiga con una pena de seis meses a dos años al que «*infligiera a una persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral*». La doctrina (41) ha puesto de manifiesto que nos hallamos ante un delito residual o de recogida en que tienen cabida todas aquellas afectaciones a la integridad moral que no pueden subsumirse en delitos más graves como por ejemplo el delito de tortura. El tipo no define de qué manera o por qué medios ha de llegar a causarse el trato degradante limitándose tan solo a decir que este ha de provocar la afectación grave del bien jurídico (integridad moral). De tal manera que no se han de excluir ni las formas omisivas, siempre y cuando concurren los requisitos del artículo 11 –comisión por omisión– ni las posibles formas no violentas ni intimidatorias; por lo que cabría interpretar que se causa un trato degradante a otra persona cuando se le produce, por acción u omisión, con cualquier fin, padecimientos físicos que de forma grave la vejan, la envilecen o la cosifican, ante sí mismo o ante los demás, produciendo un sentimiento de humillación (42).

Se incardinarían en este genérico tipo todas aquellas conductas de grave desatención de las personas mayores que comporten una falta absoluta de higiene, alimentación, dieta, o restricciones a su movilidad tanto se produzcan en residencias o geriátricos como en el entorno domiciliario; pudiéndose producir un concurso de delitos con las lesiones o las detenciones ilegales (43).

En el artículo 173.1 párrafo tercero, conforme al texto introducido en el Código Penal por la reforma de la LO 5/2010 se castiga, con la misma pena, el conocido como acoso inmobiliario o *blockbusting*. Se ha constatado que los ancianos son víc-

(41) Así puesto de manifiesto, por muchos, por DEL ROSAL BLASCO, B., «Cap. 9. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 203 ss.

(42) DEL ROSAL BLASCO, B., «Cap. 9. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral...», *op. cit.*, pp. 206-207.

(43) Así por ejemplo, la SAP León de 12 de enero de 2006 núm. 1/2006 condena por delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del CP, la conducta de los acusados que en un piso cuidaban de ancianos mediante precio, teniéndoles casi sin alimento, en estado de inmovilidad absoluta, sin ningún tipo de higiene (generando dermatitis de pañal y úlceras) propinándoles en ocasiones golpes y patadas; solos todo el día, sin realizan actividad alguna y sin proporcionarles dieta ni comida regularmente; conducta que la Sala considera como comportamiento denigrante gravemente atentatorio contra la integridad moral; o también la SAP Cádiz Sección 8.ª de 23 de abril de 2003 condena por el delito del artículo 173.1 del CP, 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. Finalmente se podría traer a colación la SAP La Rioja de 5 de julio de 2002 (núm. 118/2001): sobrino que encierra a su tía anciana de 77 años, enferma de párkinson, impidiéndole la movilidad, y aislándola socialmente e incomunicándola con determinadas personas durante 5 meses hasta que se descubre el caso por la trabajadora social. Véase JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, pp. 113 ss.

timas propicias de este delito, cuya conducta consiste en llevar a cabo actos hostiles o humillantes de manera reiterada que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. Con la expresa introducción de este delito se pretende hacer frente a aquellas acciones de hostigamiento que un sujeto realiza al legítimo poseedor de un inmueble con la finalidad de que este acabe abandonando la finca y renunciando a sus derechos sobre ella (44).

Finalmente, especialmente aplicables a ancianos serían los delitos de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 y 3 CP) y el delito de vejaciones de carácter leve (art. 173.4 CP).

En cuanto al primero, sanciona el empleo habitual de violencia física o psíquica sobre determinadas personas que aparecen enumeradas en el propio artículo y que se corresponden con los sujetos pasivos del artículo 153 CP, salvo por lo que respecta a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Por tanto, aquí también aparecen protegidos las personas mayores de las violencias habituales irrogadas tanto en el marco familiar como en el marco institucional o asistencial.

La diferencia entre el delito del artículo 173.2.3 y 153 hay que situarlo en el dato de la habitualidad. Para apreciarla, nos dice el Código Penal en el apartado 3 del citado artículo *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.*

La jurisprudencia inicialmente vinculó la habitualidad a la existencia de al menos tres actos probados de violencia. Sin embargo, paulatinamente se ha ido imponiendo otra corriente que prescinde del automatismo numérico, entendiendo que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad de actos en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el tribunal llegue a la convicción que la víctima vive en un estado de agresión permanente (45).

En lo tocante a las vejaciones injustas de carácter leve del artículo 173.4 aparecen circunscritas a los sujetos a los que se refiere el artículo 173.2. Estas conductas se subsumían en la antigua falta del artículo 620 en la que no existía ninguna restricción de sujetos pasivos. Sin embargo, esta va a ser derogada por la reforma penal de 2015 trasladando su reparación a la vía jurisdiccional civil, subsistiendo exclusivamente en el artículo 173.4 las producidas a personas del entorno familiar del sujeto. Se ha catalogado a este comportamiento delictivo de auténtico «cajón de

(44) Este delito plantea problemas de solapamiento con la modalidad de coacciones previstas para impedir el legítimo disfrute de a vivienda (art. 172.1 CP) que es el otro tipo previsto para evitar el acoso inmobiliario. Parece que en todo caso el artículo 173. 1 CP deberá aplicarse e aquellos supuestos en los que para lograr que una persona abandone la vivienda de la que es legítimo poseedor (en caso de arrendamiento, usufructo o copropiedad) es sometida reiteradamente a vejaciones, mientras que el 172.1 se aplicará cuando existe violencia o intimidación (cortes de agua, luz, etc.). Véase FELIP Y SABORIT, D./RAMÓN RAGUÉS Y VALLES «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Lecciones de Derecho Penal* 6.ª ed., Atelier, Barcelona, 2019, p. 119. Sobre los aspectos penales del acoso inmobiliario, ampliamente HERRERA MORENO, M., «Ancianidad y vivienda: la evolución del tratamiento jurídico-penal del asedio inmobiliario», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 217 ss.

(45) Destacado, por muchos, por GARCÍA DEL BLANCO, V., «Cap. 28. Delitos contra la integridad moral», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021, pp. 1041 ss.

sastre» en la medida en que tienen cabida las conductas de muy variada naturaleza, que presentan como característica común, el suponer una vejación, molestia, menoscabo moral, humillación o desasosiego del sujeto pasivo. Se ha destacado también el carácter subsidiario del artículo 173.4 respecto al delito de violencia familiar del artículo 17.2.3. y del tipo básico de los delitos contra la integridad moral del artículo 173.1 (46).

4.3 Abandono de familia y de discapacitados y omisión de auxilio a personas mayores

Dentro de los delitos contra las relaciones familiares encontramos tres preceptos a través de los cuales se daría cobertura penal, en mayor o menor medida, a las víctimas personas mayores.

En el artículo 226 CP se castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses, la conducta de quien 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 (47).

Este artículo se configura como una norma penal en blanco que requiere para su integración la vulneración de los deberes extrapenales, en este caso los establecidos en el Código Civil, sin que sea preciso que la obligación haya sido declarada judicialmente por la jurisdicción civil. El precepto contempla dos grupos de conductas claramente diferenciadas. Por una parte, el incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, guarda, tutela o acogimiento familiar. Por otra, el dejar de prestar asistencia legalmente necesaria para el sustento de ascendientes, descendientes o cónyuge (48).

En cuanto al primero, solo sería aplicable a los ancianos el supuesto de omisión de los deberes legales de asistencia inherentes a la tutela pues el resto de hipótesis están diseñadas fundamentalmente para los menores de edad. Respecto al segundo, la prestación de sustento, se requiere que la persona del anciano se encuentre necesitado. Para interpretar el elemento esencial del tipo, a saber, el deber de prestar «sustento» hay que acudir al artículo 142 CC que regula el deber de asistencia entre parientes que abarca todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (49).

(46) Véase DEL ROSAL BLASCO, B., «Cap. 9. «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2020, pp. 203 ss.; CUERDA ARNAU, M. L., «Lección X. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos» *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 187 ss.

(47) La pena asignada para el delito es de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

(48) Véase RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995), *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, (Cobacho Gómez, J. A./Legáz Cervantes, F., Dirs.), Thomson/Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 941 ss.; GÓMEZ TOMILLO M., «Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores...», *op. cit.*, pp. 174 ss.; ROSEL TORRES, N., «art. 226», *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Quintero Olivares, G., Dir.), Thomson/Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 584 ss.

(49) GÓMEZ TOMILLO M., «Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores...», *op. cit.*, pp. 174 ss.

La doctrina y jurisprudencia han puesto de manifiesto que ambas modalidades aparecen configuradas como delitos de omisión y de peligro y que el incumplimiento de las obligaciones tiene que ser persistente y no esporádico o transitorio (50). Los incumplimientos parciales, intermitentes, así como las meras renuncias o atrasos en el cumplimiento de deberes asistenciales quedarían extramuros del artículo 226 CP, reconduciéndose hasta la reforma de 2015 del CP a la falta del artículo 619 CP. Derogada ésta, actualmente estos hechos son atípicos y lo único que cabría, como subraya Rosario de Vicente Martínez (51), es aplicar el delito de omisión del deber de socorro pero para ello es necesario que los hechos sean graves.

También dentro de los delitos contra las relaciones familiares se sitúan los tipos de los artículos 229 y 230 CP. El primero de ellos castiga, con una pena de prisión de uno a dos años, 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. En el apartado segundo de este artículo se incrementa la pena cuando el autor del abandono es el padre, tutor o guardador legal. Mientras que en su apartado tercero se consagra una segunda agravación que se produce cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, la salud e integridad física o la libertad sexual del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección.

De la interpretación conjunta del tipo básico y el primer tipo agravado resulta que el guardador al que se refiere aquel es el guardador de hecho. En el caso de las personas mayores la aplicación del primer tipo agravado será excepcional toda vez que no es posible que el abandono se produzca por padres o guardadores legales, ciñéndose únicamente las posibilidades de agravación a los casos de tutela (52).

El segundo de ellos, el artículo 230 CP, incluye un tipo atenuado de abandono temporal que opera sobre cualquier conducta de las reseñadas en el artículo anterior, esto es, tanto las del tipo básico como la de los respectivos tipos agravados. Manuel Gómez Tomillo (53) estima que para su delimitación con el artículo precedente hay que acudir a parámetros subjetivos: el artículo 230 se caracteriza por un dolo específico, la voluntad de que el abandono no sea definitivo.

(50) Véase, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Delitos contra los derechos y deberes familiares. Incumplimiento de deberes familiares», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021, pp. 1256 ss.

(51) DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona 2015, pp. 181 ss., p. 223. De la misma opinión MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Omisión del deber de socorro», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021, p. 1147.

(52) Hay que resaltar que el núcleo de la conducta prohibida gira en torno al abandono. Este puede ser entendido como el alejamiento físico del anciano que permanece en un determinado lugar, por ejemplo, se le deja a su suerte en su vivienda. Por otra, cabe dejar al anciano en un determinado lugar y alejarse físicamente de él, por ejemplo, se le deja en la calle o en un hospital. Sin embargo, alguna resolución adopta un concepto más amplio de abandono interpretando la acción de abandonar como desatender. Véase en este sentido GÓMEZ TOMILLO M., «Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores...», *op. cit.*, pp. 174 ss., citando la SAP Sevilla 321/2004, de 11 de junio que condena a los responsables de una residencia de ancianos por el estado lamentable –higiene, cuidados– en el que estaban los residentes.

(53) GÓMEZ TOMILLO M., «Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores...», *op. cit.*, p. 187.

En lo relativo a la omisión de auxilio habría que traer a colación los delitos de omisión del deber socorro de los artículos 195 y 196 CP. En el artículo 195 se regula la omisión genérica del deber de socorro mientras que en el artículo 196 el delito de denegación de asistencia o abandono de servicio sanitario. Estos delitos, como veremos ulteriormente, han sido invocados en la mayoría de querellas y denuncias planteadas en relación a los hechos acaecidos en residencias de ancianos en la primera ola de la pandemia de COVID-19.

En el artículo 195 se castiga con una pena de multa de tres a doce meses a *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*. La conducta consiste en omitir la prestación de socorro. Para ello es necesario que el sujeto en la situación concreta tenga capacidad de efectuar esta prestación. Esta acción debe efectuarse «sin peligro propio ni de tercero» elemento típico que responde al principio de «inexigibilidad de una conducta diversa» y que debe ser ponderado según el criterio del espectador objetivo, del hombre medio (54). En caso de imposibilidad de prestar socorro hay obligación de demandar auxilio ajeno, cuya omisión dará lugar al delito consagrado en el número 2 de este artículo. En cuanto al concepto de «persona desamparada» la doctrina española defiende que el desamparo significa que el necesitado de ayuda no puede ayudarse a sí mismo y que además, no cuenta con quien le auxilie (55).

Anteriormente ya hemos resaltado que la destipificación de la falta del artículo 619 CP origina una falla regulativa o legislativa respecto a la incriminación de las conductas leves de asistencia, meras desatenciones o «dejadez» en el auxilio y cuidado de ancianos en el ámbito familiar o domiciliario, pues en estos casos no se puede recurrir al 195 CP dada la ausencia del elemento «gravedad». En efecto, la expresión «en peligro manifiesto y grave» que se recoge en este último precepto debe entenderse como la probabilidad de que se produzca un terminado resultado perjudicial, generalmente contra la vida o integridad personal, cosa que no ocurre en las citadas acciones. Acaso cabría aquí, de manera forzada, recurrir a las vejaciones injustas leves familiares del artículo 173.4 CP.

La omisión de asistencia que se sanciona en el artículo 196 es la relativa a la asistencia sanitaria por parte del profesional sanitario. Para ser punible es necesario que de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. Por «profesional sanitario» debe entenderse aquella persona que desarrolla sus tareas profesionales en el ámbito de la sanidad pública o privada y que además tiene atribuidas competencias específicamente sanitarias de diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Afectaría únicamente a médicos y enfermeros, excluyéndose a otras personas que trabajan en el ámbito sanitario como

(54) GÓMEZ TOMILLO, M., *El deber de socorro (art. 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 96 ss. El Tribunal Supremo recurre a la idea de proporcionalidad, es decir, que no exista un riesgo desproporcionado para la vida y salud dicen las SSTS 42/2000, de 19 de enero; 860/2002, de 16 de mayo; 1304/2004, de 11 de noviembre. El riesgo de sufrir un daño mínimo o de poca intensidad no justifica la omisión, riesgo que no existirá por ejemplo cuando el sujeto tiene soportar ciertos peligros o lesiones corporales de pequeña entidad.

(55) Véase GÓMEZ TOMILLO, M., «Art. 195», *Comentarios Prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas*, Artículos 138-233. Tomo II (Gómez Tomillo M., Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 629, y MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Omisión del deber de socorro...», *op. cit.*, p. 1153.

celadores, conductores de ambulancia, técnicos de laboratorios, farmacéuticos etc., a los que se les aplicaría el tipo genérico del artículo 195. Asimismo, el precepto exige que el profesional esté obligado a prestar la asistencia. Esta cláusula, según el pensar doctrinal dominante, cumple la función de restringir la autoría a aquellos profesionales sanitarios que al ser requeridos para prestar asistencia, se encuentran efectivamente *de servicio*, y estén obligados a atender a la persona que se lo requiere, ya sea por porque les obliga una norma o un contrato (56). Entiendo que dado el tenor literal de esta cláusula («estando obligado a ello») se podría ampliar esta intelección dominante dando asimismo cabida en su seno a los casos de «triaje médico» siempre que exista un protocolo médico adecuado al respecto.

4.4 Maltrato económico

Las personas mayores son un colectivo especialmente proclive a ser sujetos pasivos o víctimas de un delito de estafa. De hecho, se les ha catalogado de «víctimas ideales» de este delito. Entre los fraudes más frecuentemente cometidos sobre ancianos destaca Federico Bello Landrove (57), las estafas hereditarias o sucesorias, las estafas de suministros, las de publicidad engañosa y las inmobiliarias.

El delito de estafa se regula en artículos 248 ss. del CP. Los tipos básicos de estafa se consagran en el artículo 248. En el artículo 249 aparece la pena asignada a ellos (prisión de seis meses a tres años si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros, multa de uno a tres meses si no excediere de esta cantidad); mientras que en el artículo 250 se consagran una serie de tipos agravados de estafa, siendo especialmente relevante a nuestros efectos el incluido en el artículo 250.1.6 que alude al abuso de relaciones personales entre la víctima y el defraudador.

En el artículo 248.1 se regula la conocida como estafa clásica o tradicional que consiste en utilizar engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno; conducta que debe llevarse a cabo con ánimo de lucro. Junto a ella tienen cabida en el artículo 248.2.a) y c) la estafa informática y la estafa mediante tarjetas de crédito debido y cheques de viaje respectivamente.

El elemento nuclear de la estafa es el engaño, que según nos dice el tipo debe ser «bastante», esto es, idóneo, adecuado para inducir a error a otro. La jurisprudencia sobre este requisito ha evolucionado desde una concepción restrictiva de dicho elemento (solo constituía engaño penal aquella maquinación o puesta en escena capaz de provocar un error a las personas más «diligentes» y «avispadas»),

(56) DEL ROSAL BLASCO, B., «Capítulo 13. De la omisión del deber de socorro», *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 333-334; GÓMEZ TOMILLO, M., «Art. 196», *Comentarios Prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas*, artículos 138-233. tomo II (Gómez Tomillo M., Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 645 ss.

(57) BELLO LANDROVE, F., «Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 197 ss.

a una concepción actual más amplia donde la existencia del engaño se analiza desde un doble módulo objetivo-subjetivo. En primer lugar, debe analizarse si el engaño tiene la capacidad de conducir a error a una persona de mediana perspicacia y diligencia (idoneidad abstracta). Sin embargo, no basta con ello y es necesario verificar la aptitud o validez del engaño desde un punto de vista subjetivo, es decir, según las especiales condiciones personales del sujeto engañado, por su incultura, situación psíquica, edad, déficit intelectual. Por tanto, la condición de «bastante» del engaño se debe valorar *intuitu personae* y en función de las circunstancias del caso concreto (58).

En el ámbito de la tercera edad, se debe pues, a la hora de investigar y juzgar los ilícitos de estafa, huir de enfocar los hechos, y valorar la suficiencia o no del engaño, con parámetros exclusivamente objetivos, teniendo por el contrario muy presente, la especial condición subjetiva del anciano estafado, su edad, estado mental, entorno familiar, acceso a fuentes de información y comprobación, etc.; pues resulta obvio que lo que puede no ser engañoso para una persona de mediana edad (activa, con estudios o actividad laboral, posibilidades amplias de información, etc.) pareciéndole incluso como burdo, puede ser, sin embargo, percibido como creíble por un anciano (59).

También es este ámbito son frecuentes la comisión de apropiación indebidas [art. 253 CP (60)] , lo que se conoce como abuso financiero, normalmente perpetradas en el entorno familiar y cometidas por hijos o cuidadores autorizados por los ancianos para administrar su dinero mediante la habilitación bancaria para disponer de fondos y realizar reintegros.

Tradicionalmente la jurisprudencia en el caso de los parientes aplicaba en estos supuestos la excusa absolutoria del artículo 268 produciéndose la absolución penal, pero permitiéndose al Tribunal (vid SSTs 10 de mayo de 1988, 6 de abril de 1992, y 5 de marzo de 2007) que determine ya en la vía penal y sin remitir a la civil, el importe de la responsabilidad civil o la pertinente indemnización, que se otorga a los ancianos –víctimas, y en caso de haber fallecido uno de ellos, al superviviente y a la comunidad de herederos del fallecido. Sin embargo, esta postura tras la reforma del CP de 2015, debe ser matizada en relación a las sustracciones irrogadas a parientes de avanzada edad, debido a la modificación del artículo 268 (61) CP. En

(58) Véase BELLO LANDROVE, F., «Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes...», *op. cit.*, pp. 200 ss., y JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, pp. 129 ss.

(59) JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores...», *op. cit.*, pp. 129 ss.

(60) Artículo 253.1 *Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.*

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

(61) Artículo 268.1 *Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la*

efecto, la citada reforma excluye del radio de acción de la norma, junto a los delitos patrimoniales violentos o intimidatorios, los cometidos por «abuso de superioridad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad».

V. RESPONSABILIDAD PENAL EN LAS RESIDENCIAS DE ANCIANOS DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19

El elevadísimo número de muertos que se produjo en las residencias de ancianos durante la primera fase de la pandemia en los meses de marzo y abril de 2020, motivó la apertura de diligencias de investigación por los hechos acontecidos en ellas por parte de la fiscalía (62) y la interposición de numerosas denuncias y querellas por familiares de los fallecidos contra los responsables de las residencias e incluso contra responsables políticos. Estas acciones judiciales pivotan, sustancialmente, sobre los delitos de omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 CP) y de homicidio imprudente (art. 142) (63) cometido en comisión por omisión.

La acusación se sustenta, en síntesis, en el hecho de que no se implementaron las medidas necesarias para evitar el contagio de los ancianos como consecuencia de lo cual se produjo su muerte; y en el hecho de que a los ya contagiados no se les derivó a hospitales debido a los protocolos o instrucciones fijadas, falleciendo a causa de la enfermedad.

En el primer caso, habrá de analizarse si se ha incumplido el deber objetivo de cuidado que está en la base de los delitos imprudentes, y si de esta forma se han infringido gravemente los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación del servicio de las residencias. Por tanto, habrá de demostrarse si la omisión o falta de implementación de medidas de protección (aislamiento y separación de los residentes, suministro de EPIS a residentes y empleados etc.) constituye una imprudencia grave o menos grave. Lógicamente habrá de analizarse las circunstancias de cada caso, pero entiendo que la imposibilidad de implementación de estas medidas, imposibilidad que se produjo en una buena parte de estos centros, hace difícil que se considere trasgredido el deber objetivo de cuidado y, por ende, que pueda concurrir una responsabilidad penal.

vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito. Sobre el artículo 268 CP tras la reforma penal de 2015 véase CARMONA SALGADO, C., «La excusa absolutoria del art. 268 CP. Una figura jurídica a caballo entre el ordenamiento penal y el civil», *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. I, Reus, Madrid, 2020, pp. 537 ss., en especial pp. 554-555.

(62) Según consta en una nota informativa proporcionada por la Fiscalía General del Estado (23 de julio 2020), a fecha de 20 de julio de 2020 había 228 diligencias de investigación abiertas en relación a residencias. Véase <https://www.fiscal.es/-/nuevos-datos-sobre-los-expedientes-incoados-en-residencias-en-el-actual-contexto-de-pandemia-por-covid-19>.

(63) Nótese que tras la reforma del CP de 2019 la pena por homicidio cometido por imprudencia grave puede llegar, si el número de fallecidos es muy elevado (art. 142 bis, pena superior en dos grados a la del art. 142.1) hasta los 9 años.

Respecto al segundo plano, aquí entraríamos en el campo del triaje o selección o priorización de enfermos en un supuesto de carencia extrema de medios, en el caso de la primera ola de COVID-19, ausencia de respiradores (ventilación mecánica asistida). El triaje, es una práctica aceptada en el ámbito médico. El problema radica en determinar los criterios para su aplicación. El Ministerio de Sanidad en abril de 2020, publicó un informe «sobre aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-Cov-2» (64) en el que proporcionaba una serie de pautas orientativas para la asignación de camas UCIs y respiradores en el contexto de la actual pandemia. Según este informe, los criterios generales que deben guiar la priorización en este ámbito son el principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas, la gravedad del estado de enfermedad del paciente que evidencie la necesidad de cuidados intensivos y las expectativas objetivas de recuperación de paciente en el corto plazo a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia o no de patologías graves acompañantes que evidencien un pronóstico fatal. Asimismo en el informe se deja claro que la edad o la discapacidad por si solas no pueden ser un motivo de discriminación en el acceso a las UCIs, insistiéndose en la necesidad de que las pautas que se establezcan sean siempre objetivas, generalizables, transparentes, públicas y consensuadas (65).

Para fundamentar la exención de responsabilidad penal del profesional médico en el caso de triaje, existente un protocolo médico de actuación, es posible acudir a una serie de vías. Ya apuntamos en páginas precedentes que la cláusula «estando obligado a ello» del art. 196 CP, que constituye un elemento de valoración global del hecho, podría servir para excluir la subsunción del supuesto analizado en este delictivo. Y en cuanto al homicidio imprudente que se produce como consecuencia de esa denegación de atención, se excluiría por no concurrir la parte objetiva del tipo, la trasgresión del deber objetivo de cuidado pues en este caso no se habría conculcado la *lex artix*, En todo caso siempre quedaría el recurso a las causas de justificación y exculpación. En este sentido se podría invocar la presencia de un estado de necesidad (art. 20.5) al producirse una colisión de deberes. El cumplimiento de un deber (art 20.7) entraría en juego en el supuesto del profesional sanitario que sigue los criterios de priorización establecidos en el protocolo fijado por sus superiores, autoridades y responsables sanitarios (66).

(64) Este informe ha sido redactado por los catedráticos de Derecho Penal, Carlos María Romeo Casabona y Asier Urruela Mora. Se puede consultar en https://www.mschs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/AspectosEticos_en_situaciones_de_pandemia.pdf

(65) Posteriormente los redactores del informe han publicado sobre el tema un artículo, «La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19», en *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, 50, pp. 99 ss.

(66) Sobre las dificultades que plantea la verificación de la relación de causalidad en el sentido de la no existencia de certeza de que la intervención hospitalaria hubiera evitado el resultado de muerte de los residentes, véase el ilustrativo artículo de DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., «La intervención del derecho penal en la gestión de las residencias de ancianos en la Comunidad de Madrid durante el período de pandemia por COVID-19: ¿Un supuesto de interrupción de cursos causales salvadores?», *Diario La Ley*, núm. 9663, de 29 de junio de 2020, pp. 1 ss.

VI. CONCLUSIONES. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

A la vista de todo lo expuesto y a modo de conclusión, considero que no es necesario la creación de un Derecho Penal propio de las personas mayores, ni la introducción de un genérico delito de maltrato contra estas personas. Bastaría con los instrumentos penales generales. Ello no obsta a que se refuercen los mismos de cara a una mejor protección de los ancianos. Como hemos apuntado se debería introducir en el artículo 22.4 CP –agravante de discriminación–, el motivo de la edad. También habría que considerar reintroducir la falta del artículo 619 como delito dotándole incluso de una pena más alta de la que tenía. Me muestro favorable a una interpretación de la agravante de parentesco, en relación a los ancianos, discrepante con la sostenida tradicionalmente, concepción que ha sido asumida por el legislador, que en la reforma penal de 2015 excluye del perímetro de la excusa absoluta del artículo 268 CP las sustracciones entre parientes cuando se abusa de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. Respecto a la posible responsabilidad penal por los hechos acontecidos en las residencias en el momento álgido de la primera ola pandémica, me muestro escéptico por los motivos expuestos en el apartado anterior. Y parece ser que en esta dirección se orientan las decisiones de la fiscalía y las primeras resoluciones judiciales conocidas al respecto (67).

(67) Véase en este sentido la información publicada en el periódico La Vanguardia «La justicia pasa de largo de las residencias de ancianos» (03/01/2021) en el que se destaca cómo una parte importante de denuncias y diligencias penales abiertas se han archivado. Hay que destacar que el Tribunal Supremo en Auto de 18 de diciembre de 2020 ha inadmitido las denuncias y querrelas interpuestas contra el Gobierno de la Nación, Presidenta de la Comunidad de Madrid y magistrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y el Defensor del Pueblo, que fueron presentadas por distintos sindicatos, asociaciones, organizaciones profesionales del ámbito de la sanidad y de las Fuerzas de Seguridad, familiares de víctimas del coronavirus y un partido político (VOX). En ellas se imputaba una serie de delitos, a saber, homicidio y lesiones imprudentes, delito contra los derechos de los trabajadores, prevaricación y malversación de caudales públicos. Estos delitos se habrían cometido por la autorización de las concentraciones masivas y manifestaciones el 8 de marzo, por no haber suministrado medios de protección a los profesionales sanitarios y policías, por la gestión de las residencias de la tercera edad y por la contratación con fondos públicos de materiales fallidos o fraudulentos para combatir la pandemia. El Tribunal inadmite las querrelas y denuncias interpuestas contra las citadas personas con base a que no se puede probar una relación de causalidad entre la inacción y la mala gestión ante la COVID-19 y el gran número de fallecidos y lesionados, abundando en la idea de que la relación de causalidad no puede construirse en términos genéricos, difusos. Sin embargo, respecto a las interpuestas contra personas no aforadas, el TS ordena que sean remitidas al Juzgado Decano de los Juzgados de Madrid para que se incoen las causas penales que correspondan, o se acumulen aquellas a las que ya estén siendo o hayan sido objeto de tramitación. Respecto a la imputación efectuada a algunos de los querrelados por los fallecimientos acaecidos en las residencias de anciano el TS afirma que «la mera atribución competencial de la gestión de una determinada materia al departamento, Ministerio o Consejería dirigido por uno de los querrelados no es suficiente. Es necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada, lo que exige la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron». Es por ello que el TS ordena remitir testimonio de las querrelas y denuncias formuladas por las muertes padecidas en estos centros, a los juzgados de instrucción de Madrid para investigar los hechos, concretando que los juzgados ordinarios deberán esclarecer si «si esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión y si aquellas son susceptibles de reproche penal. Habrá de indagarse también el origen y la autoría de reso-

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, M./JAVATO MARTÍN, A. M.^a, «Protección penal de las personas mayores. Cuestiones de técnica legislativa», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA F. J., «Lesiones», *Derecho Penal Español*, Parte Especial (I), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BARJA DE QUIROGA y otros, *Código Penal. Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, 16.^a ed., Colex, Madrid, 2018.
- BELLO LANDROVE, F., «Estafas y apropiaciones indebidas cometidas contra ancianos. Unos apuntes», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CARBONELL MATEU, J. C., «Lección VI. Lesiones», *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CARMONA SALGADO, C., «La excusa absolutoria del art. 268 CP. Una figura jurídica a caballo entre el ordenamiento penal y el civil», *Libro homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario*, vol. I, Reus, Madrid, 2020.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Lección X. «Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Trata de seres humanos», *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- DE LA HERRÁN RUIZ-MATEOS, S., «La intervención del derecho penal en la gestión de las residencias de ancianos en la Comunidad de Madrid durante el periodo de pandemia por Covid-19: ¿Un supuesto de interrupción de cursos causales salvadores?, *Diario La Ley*, núm. 9663, de 29 de junio de 2020
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Cap. 4. Las Lesiones», *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2020.
- «Cap. 9. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Sistema de Derecho Penal*, Parte Especial (Morillas Cueva, L., Dir.), Dykinson, Madrid, 2020.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *La nueva regulación de las faltas como delitos leves, infracciones administrativas o ilícitos civiles tras la reforma penal de 2015*, Bosch, Barcelona, 2015.
- FELIP Y SABORIT, D./RAGUÉS Y VALLES, R., «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», *Lecciones de Derecho Penal*, 6.^a ed., Atelier, Barcelona, 2019.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., «Cap. 28. Delitos contra la integridad moral», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021.
- GARCÍA SÁNCHEZ, E., *El maltrato a personas mayores*, tesis doctoral, Albacete, 2016 (Disponible en <https://ruidera.uclm.es>).
- *El maltrato a los ancianos en el ámbito familiar*, ed. Altabán, Albacete, 2007.
- GÓMEZ MARTÍNEZ y otros, «Factores relacionados con el maltrato no institucional en residencias de personas mayores», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, vol. 51,

luciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro *estado de necesidad* que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho»

- núm. 6, 2016, pp. 317-322 (disponible en <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-geriatria-gerontologia-124-pdf-S0211139X1600041X>).
- GÓMEZ TOMILLO M., «Tratamiento jurídico penal del abandono de personas mayores», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- *El deber de socorro (art. 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «Arts. 195 y 196», *Comentarios Prácticos al Código Penal. Los delitos contra las personas. Artículos 138-233*. Tomo II (Gómez Tomillo, M., Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GOYENA HUERTA, J., «Artículo 22», *Comentarios Prácticos la Código Penal*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- HERRANZ GONZÁLEZ, R., *La discriminación de las personas mayores: régimen jurídico y realidad social*, tesis doctoral Madrid, 2015 (Disponible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=Egzza7Pzi4Q%3D>).
- HERRERA MORENO, M., «Ancianidad y vivienda: la evolución del tratamiento jurídico-penal del asedio inmobiliario», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IBORRA MARMOLEJO, I., «Introducción al maltrato de personas mayores», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- IGLESIAS RÍO, M. A., «art. 25», *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo I (Gómez Tomillo M., Coord.), Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- JAVATO MARTÍN, M., «El maltrato sobre las personas mayores. Perspectiva Jurídico Penal», *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- JUANES PECES, A., (Coord.), *Código penal. Comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 4.^a ed., Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2017.
- MIR PUIG, S./GÓMEZ MARTÍN, V., «art. 25», *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blach, Valencia, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Omisión del deber de socorro», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021.
- MORILLAS FERNÁNDEZ, D., «Malos tratos a personas mayores: otra forma de violencia», *RECPC*, núm. 2, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MOYA BERNAL, A./BARBERO GUTIÉRREZ, J., *Malos tratos a personas mayores. Guía de actuación*, INSERSO, 2005 (Disponible en www.copib.es/pdf/imserso-malostratos-01.pdf).
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Circunstancias agravantes y mixta de parentesco», *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., «Exégesis doctrinal y jurisprudencial de las conductas punibles de abandono de familiares (arts. 226 a 233 CP/1995)», *Protección Civil y Penal de los Menores y de las Personas Mayores Vulnerables en España*, (Cobacho Gómez, J. A./ Legáz Cervantes, F., Dirs.), Thomson/Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- ROMEO CASABONA, C./URRUELA MORA, A., «La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19», *Revista de Bioética y Derecho*, 2020, 50.
- ROSEL TORRES, N., «Art. 226», *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Quintero Olivares, G., Dir.), Thomson/Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

- RUEDA ESTRADA J. D., *El maltrato a personas mayores: bases para un estudio*, Junta de Castilla y León/Universidad de Valladolid, Valladolid, 2006 (Disponible en <http://www.jcyl.es/web/jcyl/Familia/es/>)
- SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, T. M., «La protección penal de los grupos vulnerables: la tercera edad. Su tratamiento penal», *Diario La Ley* núm. 9614, de 16 de abril de 2020.
- SANTANA VEGA, D., «Protección jurídico-penal de las personas con discapacidad y de las personas mayores», *Marco Jurídico y Social de las Personas Mayores y de las Personas con Discapacidad*, Reus, Madrid, 2008.
- TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad: ¿Tan sólo una cuestión conceptual?», *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- TAPIA BALLESTEROS, P., *La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.