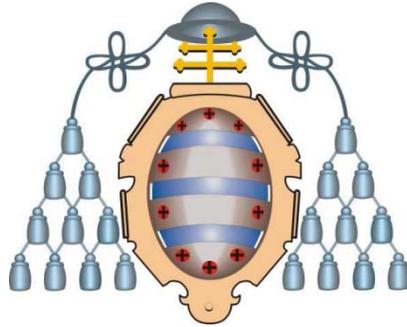


UNIVERSIDAD DE OVIEDO



MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

CURSO 2012/2013

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**IMPAGO DE PENSIONES EN LA VÍA PENAL Y LA PENA DE
PRISIÓN QUE ELLO CONLLEVA**

Alumna: Cristina Giménez Vázquez

Director: D. Luis Roca Agapito

Oviedo, 2014

ÍNDICE:

- 1 Introducción y justificación del estudio (págs.3 y 4).
- 2 Marco normativo vigente (págs.5 - 7).
 - o Precedentes (pág. 6).
 - o Evolución histórica reciente (pág. 7).
- 3 Impago de la pensión de alimentos (págs. 8).
- 4 Bien jurídico protegido (págs. 9 y 10).
- 5 Tipo subjetivo (pág.11).
- 6 Antijuridicidad (pág. 12 - 22):
 - o Naturaleza (pág. 13).
 - o Tipicidad (págs. 14 – 22):
 - El objeto material: prestaciones comprendidas (situación típica) (págs. 14 y 15).
 - El problema de la insolvencia del obligado al pago (págs. 16 y 17).
 - La no realización de la acción debida. El problema de los pagos parciales (págs. 18 – 20).
 - Sujetos activos y pasivos (págs. 21 y 22).
- 7 Autoría y participación (págs. 22 y 23).
- 8 Culpabilidad (pág. 23).
- 9 Iter criminis (pág. 24).
- 10 Problemas concursales (pág. 25 y 26).
- 11 Penalidad (pág. 27 y 28).
- 12 Responsabilidad civil derivada del delito (pág. 29 y 30).
- 13 Condiciones de perseguibilidad (pág. 31 y 32).
- 14 Cuestiones procesales (pág.33).
- 15 Reincidencia (pag.33).
- 16 Conclusiones (pág. 34 y 35).
- 17 Bibliografía (págs. 36 - 37):
 - Bases de datos (pág.39).
- 18 Legislación (pág. 39).

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO:

En oposición a la doctrina anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995, en la época actual se rechaza la corriente doctrinal de que en esta figura delictiva quepa un supuesto de prisión por deudas, debido a que no nos encontramos ante un delito formal, por el contrario se trata de proporcionar protección a un auténtico bien jurídico, lo que no da lugar al principio de ofensa.

Así, su tipificación no contradice en absoluto la previsión contenida en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de Nueva York –la cual prohíbe la aplicación de sanciones penales en los supuestos de incumplimiento de obligaciones-. Por ser, como se verá, un delito de omisión, el deber de actuar y la responsabilidad penal están subordinados a “la posibilidad concreta del obligado de afrontar el pago de la prestación debida”, tal y como, por lo demás, establece nuestro Tribunal Supremo en la St.1148/1999, de 28 de julio, donde no permite la aplicación del delito contenido en el art. 227 Cp. en caso de que no puedan pagarse las prestaciones.

La finalidad de este precepto es acabar con el incumplimiento de resoluciones judiciales civiles que fijan prestaciones económicas a favor de hijos, cónyuges y ex - cónyuges. Según Álvarez García este delito está encaminado a reforzar el cumplimiento de dichas resoluciones judiciales. En este caso, estaríamos utilizando la vía penal para que se cumplan resoluciones de otro orden, por ello debe tenerse en cuenta la STC 206/1989, de 14 de diciembre: “no puede utilizarse un orden jurisdiccional distinto para lograr la ejecución de una Sentencia ignorando las garantías específicas, el orden jurisdiccional y el proceso adecuado que la Ley procesal otorga para el obligado a cumplirla”. Por tanto, la legitimidad de la intervención penal dependerá de la ofensividad que suponga el delito.

Tras la reforma de 1989, el Proyecto de Código Penal de 1992 vino a confirmar el mantenimiento de la criminalización de los impagos derivados de las crisis matrimoniales.

En su extensa Exposición de Motivos el legislador, pese a reconocer la importancia que para un sector doctrinal tenía la familia como objeto jurídico digno de protección penal, consideraba que no era necesaria su conversión en objeto directo de tutela penal. Expresaba así su interés en no imponer ningún modelo de convivencia familiar, sino tan sólo en “velar por intereses que trascienden del grupo a la sociedad toda” y en “tutelar a los miembros más débiles del mismo”.

En este contexto el legislador hacía referencia expresa al delito de inasistencia familiar-conyugal avanzando que en él desaparecían “los vestigios de intromisión en lo moral que ofrece la actual regulación, pareciendo que el sistema penal ha de intervenir velando

por la fidelidad y otros deberes conyugales, posibilidad totalmente repudiable, aunque ciertamente fuera ese el objetivo del legislador cuando en 1942 creó este delito”.

He elegido realizar mi trabajo de fin de máster sobre el delito de impago de pensiones, debido a que se trata de un tema muy problemático últimamente, debido a los problemas que ha planteado la crisis a los progenitores para poder sufragar los gastos que supone abonar la pensión.

Por ello, y porque durante las prácticas en uno de los despachos he llevado un caso muy particular de impago de pensiones.

El caso que defendí consistía en que el ex – cónyuge, trabajador autónomo, no disponía de suficientes medios económicos para sufragar los gastos, tanto personales, como de su empresa, como los consistentes en la pensión de alimentos que tenía obligación de pasarle a su hija. Sin embargo, mi cliente realiza pagos periódicos a la niña, todos los meses, que no llegan a la pensión que debía de pagarle de 180 euros, pero sí constantes y abundantes. Las alegaciones de la parte acusadora consistían en que mi cliente podía realizar los pagos, pero no lo hacía, y no los llevaba a cabo completos, para evitar la condena del delito de impago de pensiones. Esta vez, ya era la segunda que la madre de la niña le denunciaba, y al igual que entonces el juzgado le absolvió.

La inclusión del artículo 487 bis en el Código Penal tras la Ley Orgánica 3/1989 ya mencionada, no estuvo exenta de críticas, basadas fundamentalmente en la falta de oportunidad o innecesariedad, dado que ya existían mecanismos jurídicos civiles y penales suficientes para solucionar el conflicto social que subyace a este delito, en suponer una quiebra a los principios de intervención mínima y proporcionalidad.

En este trabajo en primer lugar, se ha concretado escuetamente el delito de impago de pensión de alimentos.

En segundo lugar, se ha hecho una breve introducción, así como una referencia a los precedentes del delito de impago de pensiones.

En tercer lugar, y entrando un poco más en materia, hemos analizado el bien jurídico protegido, la tipicidad y la estructura típica, centrándonos en el objeto material, el problema de la insolvencia y la no realización de la acción debida.

En cuarto lugar, analizamos el tipo subjetivo, la antijuridicidad, el itercriminis, así como la culpabilidad.

En quinto lugar, entramos a ver la penalidad, los sujetos activos y pasivos, la responsabilidad civil derivada del delito, los problemas concursales y condiciones de perseguibilidad.

Por último, y dando una visión más general de dicho delito estudiamos la evolución histórica reciente, el marco normativo vigente, las cuestiones procesales, así como el tipo agravado y la reincidencia.

2. MARCO NORMATIVO VIGENTE:

Desde la reforma de 25 de noviembre de 2003 no ha tenido lugar ninguna modificación del artículo 227 en ninguna de las abundantes reformas que en los últimos años ha sufrido el Código penal vigente, ni siquiera en la de 22 de junio de 2010.

Tampoco se ha realizado propuesta de reforma del delito de impagos ni en el Proyecto de 18 de diciembre de 2006 (Anteproyecto de 13 de julio de 2006) ni tampoco en el Anteproyecto de reforma del Código Penal aprobado en Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2008, así como tampoco en el Proyecto de 23 noviembre de 2009.

A la vista de lo señalado, puede afirmarse la consolidación del delito de impago de las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales y de sus consecuencias jurídicas. No obstante cabe destacar las influencias del Anteproyecto de 2006 en este delito:

Así, el Anteproyecto de 13 de julio de 2006, que ofrecía la reintroducción de los arrestos de fin de semana (artículos 33 y 36 bis) como pena sustitutiva de la de prisión en algunos supuestos (artículo 88), regulaba en la responsabilidad civil del artículo 116,3 la investigación judicial del patrimonio de la persona obligada civilmente y, por otro lado, reorientaba la excusa absolutoria del artículo 268 hacia una condición de perseguibilidad, incluyendo la regulación expresa del perdón, como causa de extinción de la acción penal, según el siguiente texto:

“Cuando no concurra violencia o intimidación los delitos que se causaren entre sí 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, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 5º del artículo 130”.

El Proyecto 18 de diciembre de 2006, en cambio, dejó de proponer la reintroducción de los arrestos de fin de semana y de la investigación judicial para determinar la responsabilidad civil y su propuesta de reforma de la excusa absolutoria del artículo 268 fue redactada en términos muy similares a la vigente (lejos de la prevista en el Anteproyecto), aunque en ella se incluía expresamente, por vez primera, a “las personas unidas por análoga relación de afectividad”.

2.1 PRECEDENTES:

Para entender claramente el sentido de penalizar el incumplimiento de las obligaciones matrimoniales es necesario comprender primero su historia, en los precedentes del delito de impago de pensiones tipificado en el artículo 227 del actual Código penal, (siendo el más antiguo antecedente el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 1932 y el más actual el artículo 487 bis del Código penal de 1944/1973 fruto de la Reforma de L.O 3/1989, de 21 de junio), así como también en la evolución y el origen de los delitos de abandono o inasistencia familiar, ya que el incumplimiento de dichas obligaciones derivadas de la ruptura matrimonial debe entenderse como un delito más contra los derechos de asistencia familiar.

En oposición al Derecho penal contemporáneo, durante el Antiguo Régimen, ni en España ni en el resto de países de nuestro entorno, existió protección penal para la familia. Las infracciones de los deberes familiares eran exclusivamente civiles y, en consecuencia, las correspondientes sanciones eran civiles y estaban relacionadas con los hijos, por lo que normalmente consistían en la mera suspensión o la privación de los derechos relacionados con la patria potestad.

El primer precedente del actual delito de impago de pensiones lo encontramos en la Ley de divorcio de 1932, donde en su art. 34 se sancionaba el impago de pensión de alimentos fijada en convenio o resolución judicial durante tres meses consecutivos.

El precedente más inmediato, sin embargo, se encuentra en el viejo Código penal, texto refundido de 1973, en el art. 487 bis, que fue introducido por la reforma parcial de 1989, y en donde se castigaba el impago de prestaciones acordadas en convenio o resolución judicial durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos.

Por lo demás, el actual delito de impago de pensiones se ubica sistemáticamente dentro de la Sección segunda, titulada “Del abandono de familia, menores e incapaces”, del Capítulo III, titulado “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”, del Título XII, cuya rúbrica es la de “Delitos contra las relaciones familiares”.

Puede decirse que sólo a partir del siglo XIX comenzaron a regularse las figuras penales relacionadas con las relaciones familiares, entre las que fueron apareciendo paulatinamente las infracciones de inasistencia familiar, primero como faltas por incumplimientos educativos respecto a hijos y pupilos y luego, ya en pleno siglo XX, primero como delitos de inasistencia parental y post conyugal y luego familiar-matrimonial. Este proceso histórico ha sido denominado de “publicitación” del Derecho privado y se caracterizó por ir “apareciendo en la esfera penal conductas reservadas tradicionalmente a la sanción privada, particular o familiar”.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA RECIENTE:

Entre las muchas opciones de reforma, el legislador eligió sólo la penal, que llevó a cabo a través de la L.O. 3/1989, de 21 de junio, de la que surgió el artículo 487 bis del Antiguo Código.

Las posibilidades existentes, en aquella época, para la incriminación de la inasistencia postconyugal eran varias, pues el legislador hubiera podido modificar el párrafo cuarto del artículo 487, para adaptarlo a las situaciones de separación legal, divorcio y nulidad, o hubiera podido modificar los artículos 237 y 570,5º, adaptándolos al problema concreto de los procedimientos matrimoniales, o también hubiera podido introducir un tipo autónomo de incumplimiento derivado de los procedimientos matrimoniales siendo necesario expresamente un sujeto pasivo.

Otra alternativa era la de reconsiderar en profundidad las figuras de inasistencia familiar-conyugal y postconyugal conjuntamente, derogando la “conducta desordenada” y limitando la inasistencia de cónyuges y ex cónyuges necesitados al impago de una asistencia mínima.

De hecho, el resultado fue la aprobación del artículo 487 bis, a través del cual se pudieron comenzar a sancionar penalmente, con la entrada en vigor de la Ley de actualización del viejo Código Penal, los impagos derivados de los procedimientos matrimoniales. De este modo, por segunda vez en la historia de la codificación española fue criminalizada la inasistencia económica postmatrimonial, con algunas diferencias importantes respecto de la primera incriminación republicana.

El texto del artículo 487 bis decía así:

“El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas”.

Sistemáticamente la figura fue incardinada únicamente como delito -careciendo de la correspondiente infracción penal leve en el libro IIIº- en el Título XIIº, entre delitos contra "la libertad y la seguridad" y en su Capítulo IIIº, "Del abandono de familia y de niños", tras el delito tradicional de abandono de familia o de inasistencia familiar-conyugal.

Por no compartir una disposición común con el artículo 487, y a diferencia de éste, el delito del artículo 487 bis era perseguible sólo de oficio, como en un principio lo fue el de abandono de familia.

3. IMPAGO DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS:

En la época actual, dada la situación económica existente en nuestro país, es frecuente que los progenitores que tienen la obligación de pagar una pensión de alimentos a su/s hijo/s, porque así lo establezca una sentencia judicial, se vean imposibilitados para atender sus obligaciones, debido a que, por ejemplo, cuando el progenitor cobra 800 euros mensuales y debe pagar la pensión de alimentos a un solo hijo, tiene la obligación de pagarle 181,60 euros.

Ante este incumplimiento existen dos posibles vías, una civil y otra penal. En este trabajo vamos a tratar únicamente sobre la vía penal.

El **artículo 227 del Código Penal** recoge en su párrafo primero que: *“El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.”*

La comisión de este delito sólo se da cuando se cumplen unos determinados requisitos, uno de ellos, el que aquí nos atañe, es la voluntariedad en el impago. ¿Qué quiere decir esto? Pues bien, que sólo se entiende que se comete el delito de impago de pensiones una vez que el obligado al pago **NO PAGA PORQUE NO QUIERE**, por lo que aquel que no cumple porque su situación económica es mala y no puede afrontar ese pago no está cometiendo el mencionado delito, sólo está incumpliendo una obligación civil.

En la vista, es la acusación la que debe probar que el impago es voluntario, es decir, que no existe una mala situación patrimonial del progenitor obligado al pago, para que la sentencia sea condenatoria, debido a que en este caso el **IMPAGO ES VOLUNTARIO**.

Debido a que, en caso contrario, habría una inversión de la carga de la prueba, ya que debe de ser la parte actora quien pruebe que el obligado al pago tiene suficiencia económica como para hacer frente al pago, y no al revés, esto es, que sea la defensa quien tenga que probar la insolvencia.

La legitimidad de la intervención penal en el impago de pensiones destaca y presenta una gran relevancia, primero en el artículo 487 bis del antiguo Código Penal y posteriormente, en el Código de 1995, aspecto en el que entre ambos artículos no hay gran variación.

4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

La legitimidad podría, de todas formas, mantenerse a través de la configuración de este delito como un delito de desobediencia especial, en el que se protegería el principio de autoridad o la Administración de Justicia, así lo establece García Arán y la Sentencia del Tribunal Supremo 576/2001 de 3 de abril.

Poco después de la entrada en vigor de la figura del impago de pensiones en la legislación penal española de 1989, gran parte de la doctrina entendió que la misma tenía como finalidad la vinculación del impago con el respeto a las resoluciones judiciales, lo que dio lugar a colocar el objeto de tutela en la *Administración de Justicia*. En este sentido hay numerosas sentencias, pero hago referencia a una de las que más

destacan de la **Audiencia Provincial de Valencia**, es la de **14 de junio de 2011**, en la que se argumenta lo siguiente:

*“Consta que, con independencia de lo que hubiese sucedido con anterioridad, y como ha quedado plasmado en los hechos probados que ha debido corregir este Tribunal ante la absoluta falta de pronunciamiento acerca de ello en la resolución recurrida el recurrente, **la obligación de pagar 250 Euros se impuso al recurrente en Sentencia de 24 de febrero de 2009**, y consta, véase el Folio 28 de la causa, que en el mes de abril de ese año el recurrente **percibía únicamente un subsidio de 421 Euros y pagaba una habitación de 175 Euros** lo que en el momento del juicio se mantenía en 426 de subsidio y 150 de habitación.*

*Es claro que al recurrente, que acredita que carece de bienes, no habiéndose demostrado por la acusación que reciba otros ingresos, no puede serle reprochado en esta vía que no atienda aquello que le vino impuesto pues carece absolutamente de posibilidades, por lo que esta jurisdicción, represiva y sancionadora de conductas, no debe entrar a pronunciarse, pues en los casos como el que nos ocupa se han de dar, como sostiene el apelante, dos elementos para afirmar que con su actuar el recurrente llenó los requisitos del tipo pues **NO TODO IMPAGO DE PENSIONES CONSTITUYE EL ILÍCITO QUE AQUÍ SE PERSIGUE, SINO QUE LO SERÁ AQUEL CUYO AUTOR, PUDIENDO, NO QUIERE PAGAR.***

Y la falta de estos dos elementos se aprecia claramente en el actuar del recurrente en el caso que nos ocupa, pues no puede dejar de afirmarse que el recurrente carece de patrimonio con el que hacer frente a la obligación de pago, por lo que malamente puede extraerse de esa falta de caudal que no paga por no querer, pareciendo que no lo hace porque no puede, pues en ocasiones y en lo que ha podido parece que ha acudido a atender las necesidades de su descendiente, por lo que no pueden encontrarse en su actuar los elementos objetivos y subjetivos del tipo por el que viene siendo acusado, debiendo estimarse el recurso y revocarse la sentencia que viene dada, absolviendo al apelante del delito del que viene acusado, y ello declarando de oficio las costas, en ambas instancias.”

Para mostrar lo señalado a continuación se exponen las diferentes y variadas interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia han planteado en torno al bien jurídico protegido en el artículo 227 del vigente código (y en el viejo artículo 487 bis).

Puntos de vista sobre el bien jurídico protegido en el artículo 227 (y en el 487 bis):

En primer lugar destacamos las posiciones que inciden en que el precepto no es necesario (487 bis Antiguo y 227 Código penal 1995) y en la eventual **inconstitucionalidad** de los dos como supuestos de “**prisión por deudas**” (y del viejo 487 bis también por discriminatorio de los hijos que se tienen fuera del matrimonio).

En segundo lugar cabe destacar que existen las posiciones en torno al bien jurídico-penal que se protege en el artículo 227 (y en el 487 bis del VCP), distinguiendo entre las

que lo consideran un delito de **desobediencia** y las que lo interpretan como una figura delictiva de **inasistencia a la familia**.

Entre las consideraciones del artículo 227 (y más claramente del 487 bis) como un delito de desobediencia es necesario además distinguir: aquellas para las que el único bien jurídico-penal que se protege es **la Administración de justicia, la eficacia de la función jurisdiccional, o el orden público**, de aquella otra para la que existen dos bienes: **el orden público** (de modo inmediato) y **la seguridad que guarda relación con los derechos familiares de asistencia** (de forma mediata).

Sin embargo, parte de la doctrina recientemente ha vuelto a señalar a la *institución familiar* como posible objeto de tutela de la figura delictiva de impago de pensiones, bien jurídico de carácter colectivo que, no obstante, no debe relacionarse, como en otros tiempos, con el valor intrínseco del matrimonio como núcleo de la sociedad, sino que se trataría, más bien, de poner énfasis en el interés del Estado en garantizar el buen funcionamiento del conjunto de derechos y deberes que surgen de una relación familiar, interés que, conforme a este criterio, se mantendría incluso después de disuelto el vínculo matrimonial.

Por otra parte, un importante sector de la doctrina, partiendo de la ubicación sistemática del delito que estudiamos y de las características de las prestaciones incluidas, conecta el objeto de tutela de esta figura con los restantes tipos de abandono de familia, resultando así el tradicional bien jurídico *seguridad*.

Por lo demás, la identificación de este bien jurídico resulta sumamente útil a la hora de precisar qué hechos pueden integrarse en este tipo delictivo y cuáles podrán rechazarse por no atender a la protección de dicho bien jurídico.

Según García Arán, el derecho penal estaría legitimado para entrar a regular este delito, si entendemos el mismo como un delito de desobediencia especial, para reforzar el principio de autoridad y la Administración de Justicia. No obstante, los delitos de desobediencia sólo actúan cuando ha tenido lugar un incumplimiento, caso que no menciona el art. 227. Y si en todo caso existiese un incumplimiento entraríamos en un concurso de delitos previstos en los arts. 556 y 634.

Por otra parte, se considera al delito de pensiones dentro del grupo de los delitos de abandono de familia. En este caso encontramos dos vertientes, tal y como opina Prats Canut, el bien jurídico protegido sería la seguridad de aquellos miembros de la familia que presentan dificultades económicas, y por otra parte, según Bernal del Castillo, la vida y la salud de dichos miembros.

Y finalmente, debe tenerse en cuenta la justificación que opta por considerar que el bien jurídico protegido es **la seguridad relacionada con los derechos asistenciales familiares** entendidos en sentido individual como bien jurídico principal, **junto al orden público**, como bien jurídico secundario.

4. TIPO SUBJETIVO:

Aunque cabría la imprudencia en el delito de impagos, con las adecuadas repercusiones en ambos tipos (tanto en el objetivo como en el subjetivo), a diferencia del Antiguo Código Penal, que regulaba abiertamente la imprudencia, lo que permitía su apreciación junto a la modalidad dolosa, en el artículo 227 del Código penal de 1995 se concreta sólo el delito de impagos dolosos.

Los impagos realizados con negligencia o por error vencible de tipo quedan fuera de la incriminación y son impunes, ya que no están tipificados expresamente, según la exigencia contenida en el vigente artículo 12 del Código penal. Serían casos como los de error sobre la subsistencia de la obligación de pago al pensar que ésta finalizaba con la situación del nuevo empleo de la persona beneficiaria o como cuando, dada la orden de transferencia al Banco, éste no atiende al mandato del cliente, o como cuando el obligado que da la orden de pago mensual a su Banco equivoca el número y se marcha varios meses fuera de España sin comunicar, por no saberlo, su nueva dirección, de modo que durante dos (antes tres) meses consecutivos la persona beneficiaria no recibe el dinero. También podrían serlo aquellos supuestos de defectuosa comprensión de la resolución judicial o de alguno de sus extremos, aunque, en nuestra opinión, deberían ser tratados mediante las reglas del error de prohibición los supuestos relacionados con la falta de conocimiento de la situación de necesidad del sujeto pasivo, dado que no está expresamente prevista como un elemento típico.

Desde la entrada en vigor del nuevo Código únicamente son punibles, por tanto, los impagos cometidos con dolo, lo que, en nuestra opinión, es la opción correcta, con base en el principio de mínima intervención (en cuanto al elemento familiar se refiere) y en coherencia con el contenido de desobediencia.

La realización del tipo a nivel subjetivo conlleva el conocimiento de la obligación judicial de pago y la voluntad de incumplirla, por lo que puede decirse que el dolo del delito de impagos consiste en una consciente omisión del cumplimiento del deber de pago, que implica el conocimiento de la obligación.

Por tanto, desde el punto de vista subjetivo, sólo cabe la comisión dolosa. El Código penal, por consiguiente, no contempla el delito imprudente de impago de pensiones. El dolo presupone el conocimiento de la situación generadora del deber y de la capacidad económica para hacerle frente. Resulta imprescindible, pues, que el obligado tenga conocimiento de la resolución judicial, y de la cuantía exacta de las prestaciones que ha de abonar. En la práctica, los Tribunales a la hora de probar la existencia del dolo tal prueba no versa sobre el alcance de dichos conocimientos del autor, sino sobre su capacidad para hacer frente al pago de la prestación que interpretan como indicio de la existencia de una auténtica voluntad de incumplir, así pues el problema de la capacidad económica del deudor no se aborda cara a constatar la concurrencia de un elemento objetivo del tipo, sino como indicador del contenido de la voluntad del obligado al pago.

5. ANTIJURIDICIDAD:

Opino que el desvalor de los impagos previstos en el artículo 227 del Código penal, en referencia a la pareja matrimonial, consiste en incumplirla obligación de los deberes estrictamente asistenciales de pago, esto es, sólo en los supuestos de necesidad, que se pueden derivar, para excónyuges y ex parejas, de los procedimientos de separación legal, divorcio y nulidad matrimonial.

A la hora de concretar si se trata de un delito de lesión o de peligro (abstracto, concreto), entiendo como Pérez Manzano que, una vez interpretado el bien jurídico del artículo 227 como la vida, la salud o la integridad de la persona, de manera prácticamente automática, se llega a la conclusión de que se trata de un delito de peligro. Si se entiende que el bien jurídico es la seguridad de los derechos asistenciales debe concluirse entonces como un delito de lesión.

El problema se suscita por la configuración del delito como omisión propia, que no conlleva la producción de un resultado material, lo que no hay que confundir con la lesión al bien jurídico, que, en mi opinión, debe concurrir en este caso.

Para dotar de suficiente ofensividad a la infracción penal, más allá del mero refuerzo de la infracción civil, existen, pues, dos grandes opciones:

- Aquella que considera que más allá del delito formal, de la infracción de un deber civil, el contenido material de la antijuridicidad del delito de impagos consiste en la puesta en peligro (abstracto) del bien jurídico vida, salud e integridad personal.
- Aquella otra, que compartimos, según la cual la antijuridicidad material del delito de impagos consiste en la lesión de la seguridad económico-asistencial derivada de los procedimientos matrimoniales (la seguridad relacionada con la cobertura económica de las necesidades básicas o alimenticias), lo que implica una interpretación restrictiva de los deberes civiles de pago en el sentido propuesto.

Desde nuestra perspectiva, aunque el tipo no exija la producción de ningún resultado material separable de espacio temporalmente de la omisión en su configuración como delito de omisión pura o propia, la situación de necesidad del cónyuge o ex - cónyuge debería siempre constatarse como presupuesto de la infracción penal.

Por tanto, en este apartado cabe aludir como supuesto justificante al “estado de necesidad”, y el más habitual es aquél en el que el obligado dispone de medios para afrontar el pago de la pensión, pero no de los suficientes para asumir al mismo tiempo otros deberes de naturaleza similar -por ejemplo, haber constituido una nueva familia-. La solución se encuentra en realizar una valoración de intereses, teniendo en cuenta que si se trata de deberes de la misma importancia, bastará con el cumplimiento de uno de ellos para acabar con la antijuridicidad de la conducta. Si los deberes que confluyen benefician por una parte al cónyugeo ex-cónyuge, y, por otra, a los hijos, parece que debiera anteponerse la obligación respecto a estos últimos, dado que los menores por su

vulnerabilidad y falta de capacidad requieren una mayor protección. No obstante, en el caso concreto, podría ser otra la solución, cuando, por ejemplo, una persona divorciada incumple la pensión debida al hijo del primer matrimonio que convive con su madre disfrutando de unas condiciones de vida digna, para afrontar los gastos de una intervención quirúrgica necesaria para evitar un riesgo para la vida o salud de su actual cónyuge.

Por lo demás, el origen judicial de estas prestaciones impide, en principio, el reconocimiento de posibles compensaciones como justificación del impago. Así, el obligado no puede excusar el cumplimiento de una pensión alegando la realización de regalos, el pago de vacaciones o la existencia de alguna deuda no satisfecha por el alimentista. Tampoco cabe la justificación basada en la desatención, por parte del beneficiario de la prestación económica, de otros deberes establecidos en el convenio o resolución judicial -por ejemplo, incumplimiento del régimen de visitas del cónyuge a cargo de los hijos-.

5.1 Naturaleza

En cuanto a la estructura típica de la figura delictiva contenida en el art.227 Cp., la doctrina entiende que nos encontramos ante un delito de los denominados de peligro abstracto, es decir, que no exige la lesión efectiva del bien jurídico, así como tampoco un resultado de peligro para dicho bien. Sin embargo, el empleo por el legislador de esta criticada estructura típica en este delito obliga a concretar y restringir la aplicación del mismo. Por lo demás, nos encontramos ante un claro delito de omisión propia, lo que determina algunos problemas a la hora de determinar su consumación.

También se trata de un delito especial propio al circunscribir el círculo de autores a quienes ostenten la condición de cónyuge, ex-cónyuge o progenitor.

Por otro lado, pese a lo afirmado por algún sector de nuestra doctrina y jurisprudencia penal, no estamos ante un delito permanente, dado que dicha infracción delictiva no se perfecciona hasta el segundo o cuarto incumplimiento –según sean consecutivos o no consecutivos-, por lo que falta el momento consumativo inicial propio de los delitos permanentes. Por lo dicho a propósito de sus bienes jurídicos protegidos, una corriente doctrinal entiende que el delito del artículo 227 constituye, una figura “pluriofensiva”, en la que se protegen dos bienes:

- uno principal y de carácter individual, como es la seguridad económico-asistencial de cónyuges y ex cónyuges,
- y otro secundario de carácter colectivo: el buen funcionamiento de los poderes públicos.

En relación con el abandono de familia previsto en el artículo 226, pensamos que se trata de un delito “autónomo” o independiente de inasistencia familiar y derivada de las relaciones familiares.

Desde nuestra perspectiva, existe entre ellos una coincidencia sólo parcial del bien jurídico protegido (asistencial familiar y derivado de las relaciones familiares).

5.2 TIPICIDAD:

El objeto material: prestaciones comprendidas: situación típica:

La situación típica consiste en la existencia de una resolución judicial firme¹, en cambio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, 362/2007 de 7 de septiembre, no exige la firmeza, basta con que la cantidad sea exigible.

Si la separación o el divorcio es de mutuo acuerdo no basta con un simple acuerdo verbal², ni con la formalización del convenio, como bien explica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1ª 28/2007 de 15 de enero.

El deber de actuar se concreta en la existencia de una prestación económica establecida o aprobada judicialmente a favor de los hijos o de uno de los cónyuges con motivo de una ruptura matrimonial –separación, divorcio o nulidad- o de un proceso de filiación o de alimentos. En este último caso, la ley sólo se refiere a los alimentos fijados por vía judicial a favor de los hijos, quedando excluido el cónyuge que haya sido declarado beneficiario de una prestación de estas características. No obstante, ello no implica vacío legal alguno, ya que tales casos quedarían comprendidos en la segunda figura del abandono de familia del art. 226 Cp.

Por tanto, destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª, 323/2006, de 3 de abril, que absuelve en el caso de impago durante el período de tiempo en el que los cónyuges se reconciliaron de hecho, sin notificación al órgano judicial sentenciador, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, 37/2005 de 12 de mayo que absuelve también durante el período en que, debido a la situación de desamparo del menor, la Administración asumió su tutela y custodia, porque se entendió que desde el momento quedó sin efecto la resolución judicial que establecía la obligación del pago de alimentos y el régimen de visitas, advirtiendo que el titular del crédito derivado de la pensión alimenticia es el cónyuge custodio, y al perder la custodia dicho crédito también decae.

Un problema similar se plantea con el período de vacaciones, aunque aquí la jurisprudencia es contradictoria. Debemos tener en cuenta, sentencias como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3ª 118/2005 de 14 de marzo, que absuelve a los padres que durante el período de vacaciones que los niños pasan con ellos dejan de pagar la pensión, aunque también existe el caso contrario en que los condenan, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7ª, 216/2002, de 30 de abril y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, 19/1998, de 17 de febrero.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo 185/2001 de 13 de febrero.

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, 43/2007, de 9 de marzo (SP/SENT/177172).

Con independencia de las razones de justicia que puedan concurrir en cada uno de estos casos, en mi opinión, y en la del profesor, D. Luis Roca Agapito, la absolución no procede. Habría que estar a lo que dispone el art.4 C.P. De este modo, en otras resoluciones se ha considerado que el mero hecho de que los hijos alcancen la mayoría de edad (sin autonomía económica) o de que los hijos mayores pasen a convivir con el progenitor obligado, no supone la extinción automática de las cargas familiares ni hace desaparecer la obligación del pago de alimentos, mientras no se haya iniciado un incidente de modificación de medidas ante la jurisdicción civil correspondiente y haya recaído resolución judicial en tal sentido, así lo establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 45/2005, de 13 de junio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3ª, 332/2001 de 20 de noviembre, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, 654/2001 de 26 de septiembre.

El término «resolución judicial» utilizado en el art. 227 Cp. permite extender los instrumentos donde pueden fijarse tales prestaciones, tanto a las sentencias como a los autos judiciales. Así, el objeto material del delito comprende también las obligaciones económicas recogidas en las medidas provisionales que el Juez pueda adoptar una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio o, en su caso, durante la sustanciación del proceso de filiación o de alimentos a favor de los hijos. Sin embargo, no suelen considerarse incluidas las prestaciones contenidas en las medidas provisionales previstas en el art. 104 Código civil., ya que la propia brevedad temporal de tales medidas –no puede exceder su vigencia de treinta días- excluye desde el principio la posibilidad de que el incumplimiento alcance los plazos legales mínimos exigidos en el art. 227 Cp.

En cuanto a las prestaciones establecidas en las medidas provisionales, hay que decir que el deber de su cumplimiento se mantendrá incluso después de dictarse la sentencia si ésta es recurrida por la parte afectada, evitando así que el obligado al pago tenga en sus manos la dilación del cumplimiento de sus deberes asistenciales mediante la vía de la apelación de la sentencia.

Aunque la sentencia no sea firme, la obligación de pagar la pensión, comienza en el momento en el que se notifica la misma.

Por lo demás, el art. 227 Cp. permite cualquier clase de prestación económica, tanto aquella que su pago se establezca por mensualidades (227.1º Cp.) o que deba satisfacerse de forma conjunta o en un único pago (227.2º Cp.). Sin embargo, no toda obligación de contenido económico recogida en el correspondiente convenio o resolución judicial se puede incluir en el art. 227 Cp. Tal es el caso de los créditos relativos a la liquidación de gananciales que, por su propia naturaleza, resultan ajenos al objetivo de proteger la integridad personal de quienes se enfrentan a una crisis matrimonial.

Según el Tribunal Supremo la situación típica consiste en que la resolución judicial sea firme, lo que el art.227 circunscribe a una separación legal, a un divorcio o a una nulidad matrimonial que dé lugar a una pensión de alimentos. Si el divorcio es de mutuo

acuerdo no sirve con que la prestación se haya establecido por convenio, sino que debe de ser el juez quien establezca la misma.

Debido al carácter formal de este delito, si la resolución judicial no es modificada, el impago seguirá siendo punible.

- **El problema de la insolvencia del obligado al pago:**

Como en todo delito de omisión resulta imprescindible la capacidad personal de acción, de ahí que sea atípico el incumplimiento si el obligado carece de los medios materiales necesarios para hacer frente al pago de la pensión. Se dará dicha circunstancia no sólo cuando el sujeto activo se encuentre en una situación de necesidad extrema, siendo incapaz de mantenerse incluso a sí mismo, sino también cuando únicamente disponga de los medios indispensables para subvenir a sus propias necesidades. Aquí, pueden servir como prueba las declaraciones de la ex esposa y de las hijas, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, 136/2008, de 10 de marzo.

El problema fundamental se ubica en la carga de la prueba respecto de la capacidad económica, ya que en caso de que dicha capacidad no existiese, la conducta no estaría dentro del tipo regulado, ya que no puede estar tipificado lo imposible. También podemos considerar como prueba la declaración del propio acusado, como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, 16/2008, de 18 de enero.

De todos modos, se trata de una cuestión de hecho que el Juez deberá valorar en atención a las circunstancias del caso y atendiendo siempre a los medios indispensables para mantener las condiciones mínimas de una vida digna. Por ello, carece de sentido negar la capacidad de acción ante cualquier empeoramiento de las condiciones habituales de vida del obligado, si tales modificaciones no conducen a una situación de mera subsistencia. También puede servir como prueba una certificación de la Agencia Tributaria, como ocurrió en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª, 373/2007, de 2 de mayo.

En el caso de que el progenitor que tiene la obligación de cumplir con la prestación económica abandone su actividad laboral voluntariamente, aunque tenga posibilidades de continuar con la misma sin dificultades, tampoco desaparecerá la capacidad de acción del mismo. Por ello, puede servir también como prueba un informe de la Seguridad Social sobre la vida laboral³, como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2ª, 115/2007, de 27 de febrero, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, 402/2006, de 3 de noviembre, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª, 839/2005, de 14 de octubre, en la y en

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, 143/2005, de 13 de mayo (SP/SENT/407438): “La corroboración documentalmente de la imposibilidad de pagar por razones objetivas, al reanudarse los pagos, excluyen el dolo del debatido incumplimiento de la obligación.” Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2ª, 134/2005, de 21 de abril, (SP/SENT/407158): “Proceso. Prueba: Abandono de familia menores o incapaces”.

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, 70/2005, de 1 de abril; aunque el informe de vida laboral en el caso de autónomos no dados de alta en la Seguridad Social se haya considerado que carece de valor probatorio, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, de 10 de diciembre de 2006.

Cuando la prestación se imponga por mensualidades, será necesario que la capacidad de acción concorra durante el período total legalmente establecido para consumir el tipo—dos meses consecutivos o cuatro no seguidos—. Si al contrario, en algún momento de ese período el sujeto pierde su capacidad de pago (por ejemplo, pérdida del trabajo), tal circunstancia impedirá la consumación del delito.

Por lo demás, existe consenso más o menos generalizado entre la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de eximir de pena al obligado cuando en el proceso se prueba que carecía de medios para hacer frente a la pensión impagada.

Afortunadamente parece superada la corriente jurisprudencial que pretendía aplicar objetivamente el delito de impago de pensiones, rechazando la prueba de la insolvencia del deudor por entender que se trataba de una cuestión ajena a la vía penal y únicamente alegable en vía civil. De este modo, algunas sentencias interpretaron que era el Juez de familia el encargado de resolver cualquier alegación vinculada con la mayor o menor capacidad económica del obligado al pago. Así, de existir un cambio en la situación patrimonial del obligado, éste debería acudir al proceso civil para solicitar las correspondientes modificaciones en la cuantía de la pensión. De no hacerlo, según esta línea jurisprudencial, no podría luego alegar la insolvencia como excusa para sustraerse a la sanción penal. Este criterio choca frontalmente con el principio de culpabilidad y reintroduce la proscrita responsabilidad objetiva en materia penal, ya que impediría la posibilidad de absolver a un insolvente del delito de impago de pensiones al deducir la capacidad de pago de la correspondiente resolución civil sin admitir prueba en contrario. Sin embargo, como ya se ha dicho, hoy se acepta sin reservas que corresponde la absolución cuando en el juicio se prueba la falta de medios del deudor durante la fase de incumplimiento.

Respecto a la interesante cuestión de a quién corresponde la “carga de la prueba” en estos casos, en la jurisprudencia parece prevalecer la línea que impone esta carga al propio deudor, siendo insuficiente la mera alegación de una situación de insolvencia. No obstante, la mayoría de la doctrina penal se inclina por entender que la carga de la prueba de la capacidad de pago corresponde siempre a la parte acusadora, por tratarse de un elemento que fundamenta el injusto penal, si bien nada impide que esa prueba se base por vía indiciaria, entre otros elementos, en la inactividad del obligado de cara a instar las modificaciones de la correspondiente resolución judicial que en su momento fijó o aprobó la pensión.

- **La no realización de la acción debida. El problema de los pagos parciales:**

Nos encontramos ante una conducta de omisión, ello consiste en un no realizar la acción esperada, en este caso, en no cumplir las prestaciones económicas establecidas judicialmente. Tal y como establece el artículo 227 (lo que invariablemente se mantiene desde 1989) la conducta típica es la de “dejar de pagar” las prestaciones económicas debidas a cónyuges y ex cónyuges derivadas de los procedimientos matrimoniales, según decisión judicial. En este sentido, tenemos entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3ª, 123/2008, de 15 de mayo, que condenó por el impago de tres mensualidades no consecutivas.

Mientras que la descripción de la conducta típica no se ha modificado desde la vieja regulación, tras la entrada en vigor del Código de 1995 se han ampliado los tipos de impagos, añadiéndose los de prestaciones establecidas de forma conjunta o única (artículo 227,2) y al ser acortados los plazos de los impagos mensuales. Así, el pago tardío puede ser tenido en cuenta como atenuante del art.21.5º del C.P cuando el acusado se encuentre al corriente en el pago, lo que implica que ha reparado los efectos⁴, en este sentido destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª, 88/2008, de 23 de abril.

Aunque se trata, de hecho, de una ampliación punitiva, en realidad no fue sino una corrección técnica realizada por el Código de 1995 respecto de la legislación anterior, pues de esta manera podían incluirse en el precepto todos los impagos que el mismo enunciaba, incluyendo los relativos a las prestaciones indemnizatorias en los casos de nulidad y a las pensiones compensatorias no periódicas, previstas respectivamente en los artículos 98 y 99 del Código Civil, sólo como prestaciones únicas, al contrario del viejo artículo 487 bis que regulaba los incumplimientos de las prestaciones resultantes de separación, divorcio y nulidad, pero sólo incluía los impagos de prestaciones mensuales. En contra de incriminar los impagos parciales, aunque referidas al art.227 CP y tratando de dar un contenido material de injusto al mismo⁵ (que en mi opinión y en la del profesor D. Luis Roca Agapito, no lo exige) destacan la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, 28 de noviembre de 2006, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, 913/2006 de 17 de noviembre y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2ª, 190/2006, de 14 de julio.

Los plazos para los impagos de tracto sucesivo fueron acortados en 1995, pasando de “tres meses consecutivos o seis meses no consecutivos” a “dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos”, respectivamente, lo que constituye un endurecimiento punitivo, sólo justificable, en nuestra opinión, con base en el sentido estrictamente asistencial de las prestaciones que se incumplen. Cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª, 126/2007 de 12 de noviembre, que

⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª, 268/2006, de 20 de marzo (SP/SENT/414266): “*Proceso. Valoración de la prueba. Abandono de familia o menores. Penalidad.*”

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 2ª 1146/2004 de 21 de diciembre (SP/SENT/87738): “*Procede absolución al carecer el acusado de medios para atender la pensión compensatoria impuesta y tener la mujer cubiertas sus necesidades con los pagos realizados.*”

condenó por el impago parcial de una mensualidad, se dejó de pagar 125 euros de los 500 en que consistía la pensión de alimentos a favor de sus dos hijos menores.

Los impagos abarcados por el vigente artículo 227 son, por tanto, los de tracto sucesivo, mensual o no y los de cantidades únicas, pudiendo también ser totales o parciales y retrasados o fuera de plazo. Dentro de las prestaciones económicas se ha incluido también el pago de la comunidad en que vive el cónyuge, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1ª, 122/2006, de 16 de junio, así como el de la hipoteca de la vivienda familiar cuyo uso se atribuyó a la esposa, tal y como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, 73/2005, de 20 de abril.

Según el párrafo primero del artículo 227, los impagos de tracto sucesivo mensual pueden ser consecutivos o alternos y en ambos casos el precepto exige el transcurso de unos plazos, dos meses para los consecutivos y cuatro meses para los no consecutivos, necesarios en cada modalidad para la consumación del delito (tracto sucesivo acumulativo).

La decisión legislativa de establecer estos plazos para los impagos de tracto sucesivo mensual, sólo tiene sentido, en nuestra opinión, desde la perspectiva de la proporcionalidad o equivalencia con la penalidad de los impagos únicos.

Por tanto, la no realización de la acción debida se concreta en “dejar de pagar” la prestación económica fijada en la correspondiente resolución judicial. En los supuestos de “pensiones de periodicidad mensual”, el art. 227.1 Cp. contempla dos posibilidades de realización del tipo: el impago de dos mensualidades consecutivas o bien de cuatro no consecutivas. Así, se pretende asegurar la regularidad del pago de las prestaciones económicas. Resulta, por tanto, coherente que se exija un mayor número de incumplimientos cuando éstos no son seguidos, pues los beneficiarios cuentan al menos con unos ingresos alternos susceptibles de asegurar por un período algo más largo las condiciones económicas necesarias para mantener una vida digna.

La modalidad consistente en la acumulación de cuatro impagos no consecutivos ha suscitado ciertas objeciones por la situación de inseguridad en la que sume al deudor de la pensión, al ver prolongarse casi indefinidamente la amenaza penal ante la posibilidad de la acumulación de incumplimientos esporádicos ocurridos a lo largo de muchos años. Se critica, pues, que el Código penal no haya contemplado un plazo máximo dentro del cual debieran producirse los cuatro incumplimientos. En este sentido, debe acudir al Código civil, que en su art.1966 fija el plazo de prescripción para esta clase de pensiones en cinco años. Así pues, los cinco años será el plazo máximo dentro del cual deberán producirse los cuatro impagos no consecutivos para realizar el tipo del art. 227 Cp.

Además, la reforma llevada a cabo por la L.O 15/2003 introduce una falta en el art. 618.2 que castiga cualquier impago de pensiones que no sea constitutivo de delito. Este precepto dispone: “*El que incumpliera obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal,*

divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.”

Cuando la obligación económica no se devengue por mensualidades, ya consista en un único pago o en prestaciones con una periodicidad diferente (trimestral, semestral, anual), bastará con un solo incumplimiento para realizar el tipo. No obstante, esta aplicación rigurosa del precepto podría corregirse acudiendo a una interpretación teleológica, considerando atípico el impago de cualquiera de aquellas prestaciones no mensuales si del mismo no se deriva un empeoramiento considerable de las condiciones de vida de su beneficiario.

En cuanto a los pagos parciales, cabe preguntarse si quien paga sólo una parte de la pensión realiza o no la acción debida y, por tanto, si incurre o no en la omisión. Muchos autores opinan que los incumplimientos parciales igualmente realizan el tipo, ya que las cantidades no pagadas siguen siendo prestaciones económicas establecidas judicialmente. Esta solución, no obstante, puede conducir a la temida prisión por deudas, ya que son imaginables supuestos en los que las cantidades impagadas carezcan de la suficiente entidad como para perturbar las condiciones de vida del beneficiario de la pensión. Así, desde una interpretación teleológica y en atención al bien jurídico, podría considerarse atípico el incumplimiento parcial de la prestación, si la cantidad efectivamente pagada resulta suficiente para excluir la posibilidad de afectación de la integridad personal del sujeto pasivo. Por otra parte, el profesor Luis Roca Agapito entiende, opinión que yo comparto, que en el caso de los pagos parciales, si no hay dolo, no tendrá lugar la responsabilidad penal, pero sí la civil, y por tanto, incurriría en mora⁶. Por lo demás, en el caso de concurrir en un mismo deudor más de un deber asistencial –mantenimiento de un hijo y una pensión a favor de la mujer separada o divorciada- bastará con el incumplimiento de una sola de estas pensiones para realizar íntegramente el tipo penal.

Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3ª, 304/2010, de 10 de diciembre, y Sección 5ª, 365/2010, de 9 de diciembre, entre otras, presume la capacidad económica del acusado, mientras no se haya instado por su parte, la modificación de las prestaciones económicas a favor de su cónyuge y/o hijos, por lo que se produce clara una vulneración del principio de presunción de inocencia.

- **Sujetos activos y pasivos:**

Como en el resto de los delitos contra los derechos y deberes familiares los sujetos activos son los familiares (o ex cónyuges) obligados, y los pasivos son, las personas beneficiarias. Respecto del sujeto activo, cabe destacar que sólo puede serlo el

⁶ (Roca Agapito, L; *Derecho Penal Español Parte Especial (I) 2ª Edición Aumentada y Corregida conforme a la Ley Orgánica 5/2010; Director F. Javier Álvarez García) Tirant lo Blanch, 2011, pág. 939.*

progenitor o cónyuge obligado por una resolución judicial o un convenio matrimonial a pagar una determinada cantidad de dinero en un supuesto de divorcio, separación legal, nulidad de matrimonio, o en alguno de los procesos de alimentos a favor de los hijos o filiación.

No obstante, el Código penal lleva a cabo una utilización poco precisa del término «cónyuge», ya que a la vista de los supuestos de ruptura matrimonial, es claro que no sólo pueden ser sujetos activos quienes mantienen el vínculo del matrimonio con el beneficiario de la prestación, sino también quienes han roto ese vínculo, como sucede en los supuestos de nulidad matrimonial o divorcio.

En cuanto al sujeto pasivo, éste será el beneficiario o beneficiarios de las aludidas pensiones. Al mencionar el art. 227 Cp. los procesos de filiación y de alimentos, se extiende la tutela penal también a los hijos nacidos fuera del matrimonio, dando cumplimiento al mandato constitucional de trato igualitario a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio (art. 39 CE), acabando con la discriminación contenida en el anterior art.487 bis Cp.

El TS, dentro de esa naturaleza formal que caracteriza a este delito, ha considerado que la tipicidad de la conducta alcanza al padre que figura en el Registro Civil, aunque luego se compruebe que no era el biológico, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo 922/2007 de 28 de noviembre junto con su Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007.

El artículo 227 se refiere expresamente a los “cónyuges”, es decir, a las personas que guardan un vínculo por una relación matrimonial (artículos 42 y ss. Código civil) aunque, en realidad, se trate de “cónyuges” legal o judicialmente separados (ya que en tales casos el vínculo matrimonial sobrevive) y de “ex cónyuges”, en los casos de divorcio (lo que se aplica de modo extensivo aunque incorrecto en los supuestos de nulidad matrimonial).

A diferencia de lo que sucedía en el viejo Código, el vigente extiende su protección a todos los hijos sin distinción entre matrimoniales y extramatrimoniales⁷ (STC 74/1997). No obstante, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 2ª, 298/2009 de 27 de marzo, se admitió la revocación de la condena porque no se trata de un recurso de revisión, sino que el juzgador de instancia, en el momento del juicio oral, conoció la sentencia civil que anulaba la paternidad.

Con Lorenzo Copello⁸ puede decirse que el término utilizado por la ley adolece de cierta imprecisión, pero, puesto que se refiere al impago de las prestaciones establecidas en los procedimientos de separación, divorcio y nulidad, resulta necesario interpretar el

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1998 de 20 de abril, 74/1997 de 21 de abril y 67/1998 de 21 de marzo.

⁸ LAURENZO COPELLO, P. “El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio”.

término “cónyuge” en un sentido amplio, incluyendo en él también a los que han dejado de serlo por causa de divorcio o nulidad matrimonial.

Los sujetos activos y pasivos son, por tanto, los cónyuges y ex cónyuges, respectivamente obligados y beneficiarios del pago de las prestaciones derivadas de los procedimientos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad.

Pese a la obvia igualdad jurídica y a la evolución social en materia de igualdad social, familiar y económica, no debería olvidarse, como dice Herrera Moreno, el importante trasfondo victimológico que la mujer ha venido alcanzando en esta conducta delictiva.

Por otro lado, como dice Bernal del Castillo⁹, el cónyuge o el ex cónyuge sólo será considerado sujeto pasivo del delito cuando sea directamente el beneficiario de la prestación y tenga derecho a ella. No son, por consiguiente, sujetos del delito y quedan fuera del tipo:

1. Los cónyuges no separados o aquéllos que lo estén solamente de hecho, extrajudicialmente. Si éstos dejan de prestar “la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento”, en caso de necesidad del otro cónyuge, pueden incurrir en el delito del segundo inciso del párrafo primero del artículo 226.
2. Los ex miembros de las parejas de hecho que incumplan las obligaciones económicas derivadas de la crisis de sus relaciones, a los que tampoco puede aplicarse el artículo 226, ya que no son ni han sido “cónyuges”. Ello evidencia la exclusión de la protección penal del otro modelo de pareja social y jurídicamente relevante que hoy convive con el matrimonio en el contexto plural de modelos de familia y de pareja, como son las uniones estables de pareja.

Desde el momento en que sólo determinados sujetos – los cónyuges y los ex cónyuges - pueden ser los sujetos activos, y puesto que se trata de una figura que no tiene correspondencia con otra común, puede afirmarse, como ya lo hemos hecho, su carácter de delito “especial propio”, con los correspondientes efectos en la autoría y participación, que serán tratados más adelante.

Por tanto, el art.227 regula un delito especial propio, ya que la prestación económica dejada de pagar tiene que ser a favor del cónyuge, ex – cónyuge o los hijos. Por lo que, sujeto activo es el cónyuge, ex – cónyuge o el progenitor.

En el actual Código Penal, todos los hijos, ya sean matrimoniales, o extramatrimoniales, están protegidos, lo que no sucedía en el anterior.

⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J. *El delito de impago de pensiones*, Barcelona, 1997.

5. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:

Como hemos mantenido al hablar de la naturaleza del tipo y de los sujetos activos, se trata de un delito especial propio, por lo que únicamente es comisible a título de autores por los cónyuges y ex cónyuges obligados.

El especial y personal deber de asistencia conyugal y postconyugal de la persona obligada, aunque también el de obediencia a las resoluciones judiciales en las que se inserta el mencionado deber, determinan la exclusión de la coautoría y de la autoría mediata.

La participación de los *extraneus* sólo es posible, en nuestra opinión, como inducción o como cooperación no necesaria o complicidad, descartándose los tipos de participación necesaria por ser difícilmente imaginables. La inducción resulta posible en la medida en que nos encontremos con un sujeto, un *extraneus*, que incite directa y eficazmente al autor para que no pague las prestaciones debidas, que le dé la idea y éste no las abone. La complicidad resulta factible en la medida en que exista la cooperación o aportación útil, aunque no absolutamente necesaria, de una tercera persona, el *extraneus*, para la realización del propósito del autor, como podría ser el reforzamiento o apoyo moral de su voluntad delictiva debilitada.¹⁰

Sobre la base de unidad del título de imputación, de cara a la penalidad, será necesario tener en consideración la rebaja potestativa de pena prevista, desde la reforma de 15/2003, de 25 de noviembre, según el artículo 65,3, para los inductores que no reúnan las especiales características del autor. En el caso de los cómplices, la rebaja en un grado es siempre obligatoria, conforme a la regla del artículo 63.

6. CULPABILIDAD:

Una vez que se ha realizado el hecho injusto, para concretar la responsabilidad por el delito de impagos, como en el resto de los casos, es necesario concretar la culpabilidad del autor, entendiendo la en un sentido “relativo”, “mixto empírico-normativo”: partiendo de la posibilidad empírica de comprobar cierta capacidad de autoconducta, su exclusión tendrá lugar cuando se compruebe que el sujeto no pudo actuar de otro modo porque concurran causas que le privaron de su libertad.

En los casos de inimputabilidad, podría resultar afectada la imputabilidad del autor, no tanto en su capacidad de comprensión de la norma, sino en su capacidad de actuar conforme a dicha comprensión (artículo 20, 1º), o siendo afectada de manera más o menos grave su motivabilidad o su normalidad motivacional. Aunque para los casos

¹⁰ BERNAL DEL CASTILLO, J., *Ibi.*, p.94 y FERNÁNDEZ DEL TARCO ALONSO, J.M., *op.cit.*, p.195, en relación al delito tradicional de abandono de familia. *Vid.* también la STS N°908, de 16 de junio de 2003 en la que se considera “cooperadora necesaria”, pero no del delito de impagos sino de uno de alzamiento de bienes a la nueva compañera sentimental del autor de ambos delitos, por dejarse transmitir sin contraprestación económica alguna, fraudulentamente, la mitad indivisa de una finca e impedir por ello a los perjudicados la ejecución de sus créditos.

más extremos pudiera llegar a plantearse la eximente completa, considero más viable, sin embargo, la aplicación de la eximente incompleta (artículo 21,1º en relación al artículo 20,1º) o de la atenuante de estados pasionales (artículo 21,3º).

También pueden llegar a plantearse situaciones de “grave adicción”, especialmente al alcohol, fruto o no de estado psicológico anteriormente señalado, que implicarían la aplicación de la atenuante 2ª del artículo 21, considerada en su modalidad ordinaria o, en su caso, como una atenuante muy cualificada del artículo 66,1,2ª.

Junto a la capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad constituye el segundo elemento de la culpabilidad que puede tener relevancia en el delito de impagos. En este sentido, cabe mencionar los posibles supuestos de error de prohibición en los que se alega la creencia errónea de estar cumpliendo con las obligaciones de pago al dar regalos o cubrir algunos gastos, etc... y aquellos otros en los que el autor pueda demostrar que desconocía realmente la situación sobrevenida de necesidad del sujeto pasivo. Los primeros (difíciles de darse sólo entre cónyuges y ex cónyuges) serían un error sobre la justificación y los segundos lo serán sobre el injusto mismo, dado que la situación de necesidad no es un elemento expresamente exigido por el tipo penal. En ambos casos el tratamiento penal deberá darse a través del artículo 14,3 y, si es vencible (lo más probable), sólo cabría rebajar la pena en uno o dos grados.

Como se ha explicado, aquellos supuestos en los que el cónyuge o ex cónyuge obligado posteriormente carezca de bienes suficientes para pagar a su cónyuge o ex cónyuge, si no es a costa de no poder mantenerse a sí mismo, son, en mi opinión, situaciones de conflicto que, una vez que se demuestran, pueden ser exculpadas a través del estado de necesidad regulado en el artículo 20,5º del Código penal o a través de la cláusula suprallegal de no exigibilidad, dado que los bienes en conflicto, pueden ser, principalmente, valorados como de igual entidad, sin olvidar que las obligaciones pueden modificarse en la vía civil, ya que el artículo 147 del Código civil permite reducir la pensión de alimentos en proporción a la disminución que sufra la fortuna de quien tiene que satisfacerlos, el artículo 152 regula el cese de la obligación de darlos, cuando la fortuna del obligado se reduzca tanto que no pueda satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia y el artículo 100, permite la modificación de la pensión compensatoria.

En consecuencia, en este apartado únicamente cabe reseñar la posibilidad de un error vencible de prohibición, en el caso de que el sujeto piense que cabe la compensación de determinadas liberalidades -regalos, viajes- con el pago de la prestación económica. Dicho error vencible cesará en el momento en el que el beneficiario de la pensión o su representante legal reclamen el pago de la misma.

7. ITER CRIMINIS:

Si nos encontramos ante una pensión que ha sido fijada por mensualidades el delito se consuma cuando se produce el segundo impago seguido o el cuarto no consecutivo, siendo necesario que todas las prestaciones sean exigibles en el momento en que se realiza el último impago.

Respecto a la punición de la tentativa, la doctrina no suele tener en cuenta la posibilidad de su castigo por tratarse de un delito de omisión y, además de peligro abstracto. Sin embargo, de antemano, no hay nada que impida el castigo de la tentativa, si bien es difícil imaginar en la práctica supuestos de impago de pensiones donde el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del autor.

8. PROBLEMAS CONCURSALES:

Para acatar los problemas concursales, hacemos únicamente referencia a las infracciones relativas a ex parejas y ex cónyuges, pero también puntualmente a los que guarden relación con los hijos.

La conexión del artículo 227 con otros preceptos penales plantea, en mi opinión, tanto casos de conflicto aparente de normas, como de concurso de delitos. Lo primero en relación a los artículos 226 (delito de abandono de familia), 618,2 (falta de incumplimientos relativos a los procedimientos matrimoniales y relacionados con los hijos) y 637 (falta de desobediencia) y lo segundo con el artículo 257, correspondiente al de alzamiento de bienes (insolvenciapunible).

Iré exponiendo las diferentes posibilidades siguiendo el orden indicado, para detenerme finalmente en la problemática de los impagos de tracto sucesivo mantenidos por encima de los plazos legales. Aunque desde mi punto de vista, ofrece otras interpretaciones diferentes con distintas consecuencias penológicas que nos parecen interesantes de destacar, como el concurso real de delitos o el delito continuado.

En mi opinión, y en coherencia con lo que vengo manteniendo, la relación entre el delito de abandono de familia previsto en el artículo 226 y el delito de impagos del artículo 227 es de relativa autonomía, puesto que sólo parcialmente comparten el bien jurídico protegido, los sujetos activos y pasivos y, con los importantes matices restrictivos señalados, las prestaciones objeto del delito. El requisito de los plazos legales para la consumación del delito en algunos de los supuestos del artículo 227, pero sobre todo la intervención judicial, marcan la clara diferencia entre un precepto y otro. No me parecen argumentos sólidos para diferenciarlos, la falta de continuidad o

permanencia en su regulación, ni la “perseguidibilidad” (diferente entre el viejo y el Código vigente) ni las “penas” (diferentes también en los dos Códigos, en el viejo y en el vigente, antes y después de la reforma de L.O. 15/2003, de 25 denoviembre), teniendo en cuenta, además, que la consecuencia jurídica del pago de las cuantías adeudadas, como reparación del daño, sólo está prevista para los supuestos del artículo 227 (párrafo, 3º).

Entre ambos preceptos existe un conflicto parcial de leyes, dado que hay supuestos en los que directamente entran en aplicación uno u otro. No hay conflicto aparente de normas, y se aplicará directamente el artículo 227, a los supuestos de impago de las prestaciones económicas correspondientes derivadas de los procedimientos matrimoniales (separación, divorcio y nulidad) cuando se cumplan los plazos legales.

Existen dos tipos de concursos, los heterogéneos, en los que el delito de impago de pensiones concurre con otros delitos, y los homogéneos, en los que son varios delitos de impago de pensiones.

Resumiendo, los problemas concursales a los que puede dar lugar el delito de impago de pensiones del art. 227 Cp. pueden concretarse en los siguientes:

1) El incumplimiento por parte del obligado al pago de varias prestaciones económicas a distintos beneficiarios -hijo y ex-cónyuge, por ejemplo- tiene lugar un concurso ideal de figuras delictivas (art. 77 Cp.). En este caso estaríamos ante un concurso homogéneo, en el que la jurisprudencia acude a la unidad delictiva. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª, 102/2006, de 15 de febrero, apreció vulneración del principio acusatorio al ser condenado por el impago de la pensión compensatoria el ex cónyuge y haber sido sólo acusado por el impago de la pensión de alimentos.

2) En el supuesto de que el impago se prolongue por períodos mayores a los previstos en la ley, la jurisprudencia es reacia a reconocer aquí alguna clase de pluralidad delictiva. Esta posición jurisprudencial de castigar por un único delito resulta criticable no sólo por beneficiar al incumplidor pertinaz, sino también por repercutir negativamente sobre el efecto preventivo general del delito, ya que para el incumplidor es igual no pagar durante dos meses o por períodos más prolongados. Este tipo de concurso también sería homogéneo.

3) En relación al delito de abandono de familia del art. 226 Cp., estamos ante un concurso de leyes a resolver en virtud del principio o regla de la alternatividad, donde el delito más grave es el del art. 226 Cp. por contener además de la pena privativa de libertad, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad -art. 226.2º Cp.- En este caso, nos encontraríamos ante un concurso heterogéneo.

4) Por lo que se refiere al delito de desobediencia del art. 556 Cp., con arreglo a los diferentes bienes jurídicos protegidos en ambas normas, puede plantearse un concurso ideal de delitos, siempre que haya mediado requerimiento judicial de pago. Esta

desobediencia, puede ser grave o leve, y aquí también nos encontraríamos ante un concurso heterogéneo.

5) Finalmente, cabe la posibilidad de un concurso medial de delitos entre éste y el de alzamiento de bienes o estafa, si se sirve el autor de la comisión de estos delitos para evitar el pago de la pensión; en este caso cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, 111/2010, de 31 de marzo y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, 19/1998, de 17 de febrero, que nos hablan del concurso con la estafa procesal; y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, 5/2007, de 8 de enero, que trata del concurso con el alzamiento de bienes, así como la Sentencia del Tribunal Supremo 908/2003 de 16 de junio y la Sentencia del Tribunal Supremo 1350/2002, de 8 de julio.

Así como también entraría en concurso con el delito del art.508 que regula la usurpación de atribuciones, el cual dispone: *“La autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiera ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.* Lo que también sería un concurso heterogéneo. En este sentido, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2ª, 175/2007, de 11 de mayo, en la que se trata el concurso con la apropiación indebida; en este caso hay que tener en cuenta que el art.268 del Código Penal excluye de su ámbito de aplicación a los cónyuges separados, divorciados, o en vías de estarlo, pero no a los hijos.

9. PENALIDAD:

Lo primero que hay que tener en cuenta, desde la legislación de 1989, es la gran variedad de sanciones.

Desde la misma, las opciones penológicas previstas han abarcado las distintas posibilidades de combinación de penas: pena única, penas acumulativas o dobles y penas alternas. El viejo Código sancionó el delito con una pena doble, arresto mayor y multa, y el Código de 1995 previó, hasta 2003, la pena única de arrestos de fin de semana; desde la reforma de L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, las penas son alternativas: prisión o multa.

En cuanto a su gravedad, la prisión ha variado desde un mes y día (mínimo del viejo Código) hasta 1 año (máximo del Código vigente). La multa lo ha sido de cuantía fija de 100.000 a 500.000 pesetas y de 6 a 24 meses en el sistema de días-multa. Los arrestos de fin de semana, de 8 a 20, se mantuvieron durante la primera regulación del Código

vigente como pena única. De todas ellas la regulación más severa de la privación de libertad es la vigente, considerando que la prisión puede oscilar entre 3 meses y 1 año, lo que cabe considerar un endurecimiento punitivo, especialmente, frente a la penalidad más benigna del primer periodo de vigencia del Código de 1995, una vez desaparecidos los arrestos de fin de semana. Este endurecimiento llevado a cabo por la reforma de 25 de noviembre de 2003, como dice Lorenzo Copello¹¹, puede ser el resultado de la influencia en el legislador del incremento del delito.

Los problemas que han planteado las penas de prisión y multa, derivan de que (aparte de la problemática ya vista de la “prisión por deudas”) se trata de sanciones penales que pueden ocasionar con su efectivo cumplimiento serias dificultades para el pago de lo adeudado por parte de la persona obligada, por encontrarse en prisión o por tener unas obligaciones dinerarias añadidas que pueden afectar a la disponibilidad de sus medios económicos, sin olvidar las posibilidades de modificación de la cuantía de las cuotas de la multa, si hay razón para ello (artículo 51) y de las posibilidades de suspensión y de sustitución de la pena de prisión o de la forma de cumplimiento en el caso de la pena de multa (trabajos en beneficio de la comunidad).

Diferente era el caso, en nuestra opinión, de los antiguos arrestos de fin de semana, que resultaban una sanción penal idónea para fomentar el cumplimiento de las obligaciones económicas familiares implicadas en el delito de impagos, sin obstaculizar las tareas laborales y familiares de la persona obligada.

En cualquier caso, para los casos en los que pueda darse identidad de sujeto, hecho o causa y las sanciones tengan el mismo fundamento, habrá que tener en consideración, a los efectos de evitar el *ne bis in idem*, la imposición de las multas previstas para los incumplimientos reiterados en el artículo 776 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Comparando la penalidad de los impagos con la del delito tradicional de abandono de familia, puede añadirse que mientras en el viejo Código se sancionaron con iguales penas los impagos y el delito de inasistencia menos grave del viejo 487, 1º (arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas), lo fueron con pena menor que la prevista para el delito más grave de inasistencia del 487, 2º (máximo de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas). En el Código Penal de 1995, en primer lugar se sancionaron el delito de abandono y el de impagos más benignamente con la misma pena de 8 a 20 arrestos de fin de semana y después, tras la reforma de 2003, por primera vez, el delito de impagos es sancionado con penas algo más superiores, por lo menos, en cuanto a los límites máximos (prisión de 3 meses a 6 o multa de 6 a 12 meses para el abandono y prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses para los impagos).

Entiendo que teniendo en cuenta que la pena de la falta de desobediencia del artículo 634 (con la que cabe establecer una cierta equivalencia) es la de multa de 10 a 60 días, no parecen muy justificados los 6 meses más de prisión que pueden imponerse al delito

¹¹ LAURENZO COPELLO, P. “El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio”.

de impagos frente al tradicional abandono de familia, máxime teniendo en cuenta la polémica protección asistencial del delito de impagos, aunque no lo es desde luego, para nuestra interpretación restrictiva.

En cuanto al delito de desobediencia, mientras el viejo Código lo sancionó con igual pena que el delito de impagos (arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas) (lo que permitió interpretar su equiparación), el Código vigente opta por marcar la diferencia entre ambos, al sancionar los impagos con pena muy inferior (8-20 arrestos de fin de semana frente a la prisión de 6 meses a 1 año para el delito de desobediencia). Desde la reforma de 25 denoviembre de 2003, las penas de ambos delitos han vuelto a aproximarse, pero resulta mayor la del delito de desobediencia (prisión de 6 meses a 1 año para el delito de desobediencia y prisión de 3 meses a 1 año o multa de 6 a 24 meses para los impagos), lo que puede interpretarse como una confirmación más de que la desobediencia que con lleva el delito de impagos no es la “grave”, propia del delito de desobediencia.

Las penas principales previstas para el delito de impagos (especialmente la de prisión) sólo resultan proporcionadas en la medida en que el artículo 227 sea interpretado como un precepto protector de bienes jurídicamente relevantes, y sancionador de sus ataques.

Constituye un acierto del Código penal de 1995 la selección de una pena privativa de libertad compatible con el desarrollo de la actividad laboral del reo, dado que el objetivo último del Derecho penal, en este caso, es fomentar el cumplimiento futuro de las obligaciones económicas que el condenado tiene asumidas con sus hijos o cónyuge. Con todo, se echa en falta la previsión de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patriapotestad, teniendo en cuenta que entre los sujetos pasivos ocupan un papel esencial los hijos menores de edad.

10. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO:

La responsabilidad civil no es regulada en el delito de impagos del viejo Código, tras la reforma de 1989; como en el delito de abandono de familia, había que remitirse a la regla general.

Este hecho dio lugar a uno de los debates más intensos durante la vigencia del Antiguo Código penal y a una práctica judicial que resulta contradictoria.

Los argumentos utilizados para denegar el cobro de las prestaciones en concepto de responsabilidad civil derivada de delito fueron fundamentalmente:

- El origen civil y previo a la comisión del delito de la resolución judicial de obligación del pago, resultando así preexistentes las obligaciones a la conducta delictiva (causa y no efecto del delito).

- la interpretación jurisprudencial de que los delitos de mera actividad/inactividad no generan responsabilidad civil, y
- la instrumentalización del Derecho penal para el cobro de deudas, lo que, a su vez, se relacionaba con la “prisión por deudas”.

A los anteriores argumentos se añadieron razones de orden procesal como la competencial para la ejecución de las prestaciones económicas judicialmente acordadas, que corresponde con carácter exclusivo a los Jueces civiles que hayan conocido del pleito, y, desde un punto de vista práctico, la falta de conexidad y de economía procesal.

Muestra de la trascendencia de la problemática son las aportaciones realizadas por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/90 y en la Consulta número 1/93. En la primera se establecía para los Fiscales la directriz de solicitar la responsabilidad civil en tanto no se consolidase en la jurisprudencia la práctica contraria, dadas las respuestas judiciales contradictorias de entonces. La Consulta 1/93 se limitó a ratificar el criterio establecido por la mencionada Circular. En la Memoria de 1992 la Fiscalía se manifestó plenamente favorable a la plena eficacia de la responsabilidad civil de los impagos en el proceso penal, por razones de economía procesal y por la mayor eficacia de la vía penal, teniendo en consideración que el delito de impagos lo es de lesión de los derechos asistenciales familiares y productor de menoscabos resarcibles económicamente.

El vigente Código regula expresamente la materia desde 1995 en el párrafo 3º del artículo 227 que, hasta el presente, no ha sido modificado; en él se establece que “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

La razón alegada por el legislador para su implantación ha sido la economía procesal, para evitar el posterior proceso civil dirigido a la obtención del pago.

Además de la indicada, se ha alegado a su favor el constituirse en una manifestación más de la política criminal contemporánea favorable a la reparación del daño, en la onda de la atenuante de reparación de la víctima del artículo 21,5º y del requisito de satisfacción de la responsabilidad civil, para obtener la suspensión de la pena de prisión (artículo 81,3), siempre que haya sido posible atenderla.

Además, se ha dicho que esta ampliación del concepto de responsabilidad civil hace que se termine por configurar el delito como un instrumento penal para obtener el cumplimiento de obligaciones civiles, como probablemente quisiesen los sectores sociales que exigían que el mismo se tipificase.

A efectos prácticos el problema que frecuentemente se plantea es la interpretación del término *ad quem* de las cuantías adeudadas, es decir, hasta dónde o hasta cuándo se puede reclamar en materia de responsabilidad civil, de un modo similar a lo ya planteado respecto del período objeto de enjuiciamiento. Según una jurisprudencia variada, el término *ad quem* se entiende en ocasiones referido: a) hasta la fecha de la denuncia o la querrela; b) hasta la fecha del escrito de acusación; c) hasta la del auto de

transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado; d) hasta la fecha de la formulación de la acusación en las conclusiones definitivas del juicio oral; o e) hasta la fecha de la sentencia.

Como en otros casos, aunque difícil en una omisión pura, la reparación del daño no excluye la posible indemnización por otros daños o perjuicios ocasionados por la comisión del delito, conforme a los artículos 109 y 110,3 y 113 del Código penal.

Según el art. 227.3º Cp., las cantidades adeudadas con motivo de la realización del delito de impago de pensiones deben incluirse obligatoriamente en la “reparación del daño procedente del delito”. Debe tenerse en cuenta el incentivo que para el obligado puede representar el pronto pago de la deuda de cara a beneficiarse de la atenuante de reparación del daño recogida en el art. 21. 5ª Cp. No obstante, al margen de estas posibles ventajas, es difícil valorar esas deudas como perjuicios causados por la comisión del delito. La deuda, lejos de ser una consecuencia de la infracción, constituye el presupuesto para el surgimiento del delito. Además, tampoco debe despreciarse el riesgo de instrumentalizar el Derecho penal, dado que los acreedores preferirán acudir a la vía penal, al considerarla un medio más rápido de cobro que la tradicional vía civil.

La Consulta FGE 1/2007 de 22 de febrero, fija la fase de instrucción como el momento final del período de enjuiciamiento, pero admite la inclusión de los pagos involuntarios de nuevos vencimientos generales hasta esa fecha por parte de la acusación, no obstante, dichos pagos sólo podrán incluirse en el caso de que el período mínimo tipificado haya quedado demostrado mediante las pruebas practicadas, exigiéndose también declaración del acusado en dicha fase de instrucción.

11. CONDICIONES DE PERSEGUIBILIDAD:

La denuncia o querrela de la parte ofendida en el delito de impagos es una condición objetiva de perseguibilidad o procedibilidad que el legislador ha decidido que sea necesaria para imponer la pena.

Según el vigente artículo 228 el delito de impagos, al igual que el de abandono de familia, es semipúblico, por lo que para su persecución resulta necesario que el particular denuncie o se querelle, excepto en algunas excepciones. Siguiendo su tenor, ambos delitos sólo pueden ser perseguidos previa denuncia de la persona agraviada, representante legal o del Ministerio Público en el caso de menores, incapaces y personas desvalidas.

El procedimiento penal puede iniciarse mediante denuncia o mediante querrela. Teniendo en consideración que tiene mayores garantías la segunda que la primera para la persona perjudicada (como, entre otras, el poder recurrir si se archiva el procedimiento sin tramitarse el proceso, el poder solicitar pruebas sobre la capacidad económica del denunciado y el papel más activo en el proceso y en la vista del

juicio...), resulta llamativo que, según parece, sólo un 6% se realice mediante querrela, frente al 94% de denuncias.

La regulación actual es la inversa a la original de 1989, pues la figura fue creada como un delito perseguible de oficio o, mejor aún, sin mención alguna a su perseguibilidad, frente a la expresa regulación semipública del delito de abandono tradicional, por lo que debía entenderse como delito público. En este sentido, la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado destacaba la naturaleza pública del delito e instaba “a los Fiscales que intervengan en procedimientos de nulidad, separación o divorcio, a vigilar la ejecución de los convenios homologados o resoluciones judiciales firmes, y perseguir cualquier incumplimiento de las prestaciones asistenciales a favor del cónyuge o de los hijos”.

Aquel hecho puede ser hoy valorado como un “olvido” o un “despiste” del que no cabe derivar argumentos y respecto del cual lo lógico era simplemente reformarlo, igualándolo al delito de abandono de familia. La evolución es similar a la del precitado delito, que comenzó siendo perseguible de oficio en 1942 y 1944, para convertirse en un delito semipúblico en 1963, tras lo cual se ha mantenido con regulación propia desde la reforma de 1989, hasta la entrada en vigor del Código de 1995 y desde entonces con una regulación común en la materia con el delito de impagos.

Pese a su carácter polémico, pensamos que la vigente es la opción más correcta, dado el carácter especial de las relaciones humanas y familiares implicadas y teniendo también en cuenta el carácter secundario del componente judicial.

Cabe añadir, como cuestión de orden procesal, los problemas que el término persona “agraviada” del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aún plantea en relación a los artículos 226 y 227 del Código penal, dado que prohíbe ejercitar acciones penales entre sí a los cónyuges descendientes y ascendientes y hermanos, salvo algunas excepciones entre las que no se incluyen las de las normas penales mencionadas, puesto que estrictamente no se tratan de delitos “contra las personas”. Así, los aún cónyuges o los hijos agraviados no tendrían acción penal para perseguir el delito de impagos (y el de abandono), pero simplemente no se ha aplicado a las familias separadas.

Puede proponerse, como García Arán¹², la introducción de *lege ferenda*, en este ámbito, de una excusa absolutoria, con condiciones y plazos independientes, a los efectos de incentivar la reparación del daño, tal y como está también previsto para otras figuras delictivas.

Por tanto, el actual art. 228 Cp. introduce la denuncia como condición de perseguibilidad para todos los delitos de abandono de familia, incluido el impago de pensiones. No obstante, tal precepto autoriza la intervención directa del Ministerio Fiscal cuando la persona agraviada sea un menor de edad, un incapaz o una persona

¹² GARCÍA ARÁN, M. “El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995”.

desvalida, características que acompañana gran parte de los sujetos pasivos contemplados en estos delitos. Por último, merece una valoración positiva la decisión del legislador de no conceder relevancia alguna al perdón del ofendido.

Por lo tanto, entenderemos el delito de impago de pensiones, al igual que el resto de los delitos encuadrados dentro del abandono de familia, como un delito semipúblico.

12. CUESTIONES PROCESALES:

El Tribunal competente será el del lugar donde el cónyuge o ex – cónyuge debe pagar la pensión, entendiendo por el mismo, el que se establezca en el convenio regulador, o en la resolución judicial, y a falta de dicha fijación el del domicilio de quien recibe las prestaciones económicas.

En el caso de los Juzgados de Violencia de la Mujer, su competencia depende de que la obligación esté asociada a violencia de género, tal y como establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Viejo Código Penal no exigía denuncia, sin embargo el Código de 1995 sí que lo exige como requisito para poder juzgar el delito.

13. REINCIDENCIA:

El Código Penal (**artículo 227**), al tipificar este delito, calificado como uno de los delitos de **abandono de familia**, establece la pena de prisión de tres meses a un año o **multa** de seis a 24 meses. **Destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 162/2006, de 26 de abril**¹³, en la que el obligado al pago es condenado como autor de un delito de abandono de familia (**artículo 227.1**) con agravante de **reincidencia (artículo 22.8 Código Penal)** a una pena de **quince meses de multa** (con una cuota de cuatro euros al día).

La **sentencia** refería:

*“Sin duda las personas tienen derecho a cambiar su residencia y a comenzar una nueva relación de pareja con otra persona, pero las personas también tienen **obligaciones** (...) y al tomar la decisión de marcharse y **abandonar el trabajo** que aquí tenía, con la importante fuente de recursos que ello suponía, sabía las obligaciones que acababa de asumir, y a pesar de ello se marchó a un lugar donde, (...) no tiene recursos con los que vivir (...); constando en este caso plenamente acreditado el **elemento subjetivo del injusto** (...) **decidió, consciente y voluntariamente no pagar** las pensiones (...) y **poner en peligro** (...) la seguridad económica del **cónyuge y de sus hijos** (...)”.*

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 4ª, 162/2006, de 26 de abril (SP/SENT/99168): “Cambio de domicilio dejando una solvencia económica y generando un impago de obligaciones familiares, no excluye la culpabilidad”.

16. CONCLUSIONES

Después de analizar el delito de impagos del artículo 227 del vigente Código penal, acotado en lo referente a la pareja matrimonial (sus precedentes y su regulación vigente) y después de haber presentado a las uniones estables de pareja y desarrollado el reconocimiento de los derechos/deberes económicos asociados con su extinción, éstas son las conclusiones de carácter general a las que he llegado:

Históricamente hablando, los delitos de inasistencia familiar y los derivados de las relaciones familiares se han consolidado como parte del proceso más largo de “publicitación” del derecho de familia, durante los siglos XIX, XX y XXI. En el siglo XIX, como faltas relativas a la educación e instrucción de los hijos menores y pupilos y, a lo largo del siglo XX hasta el presente, como delitos, primero, de impago de pensiones alimenticias derivadas de divorcio y, posteriormente, como delitos y faltas contra los deberes de asistencia derivados de la patria potestad, la tutela y el matrimonio y como delito de impago de la asistencia indispensable para el sustento de descendientes, ascendientes y cónyuges, en situación de necesidad.

Además de la asistencia física a menores, incapaces y mayores dependientes (familiares o no) prevista en otras figuras penales, a través de las infracciones de abandono familiar se han venido protegiendo otros aspectos de la asistencia, como el moral y el económico y, en conjunción con otras figuras penales relativas a la familia y al matrimonio, también se ha protegido de forma mediata el modelo familiar-matrimonial de tipo nuclear, imperante durante largo tiempo en términos sociales y jurídicos, con las características propias de cada momento.

Una vez consolidado el delito de impagos como una figura de inasistencia familiar, dentro de un proceso que va desde los impagos de la IIª República, pasando por la reforma de 1989, hasta llegar a la regulación del Código vigente, cabe destacar la mejora sistemática de su regulación entre los delitos contra las “relaciones familiares” y “contra los derechos y deberes familiares”.

Ya desde el curso del procedimiento parlamentario del Código vigente quedó clara la circunscripción del artículo 226 al ámbito de las obligaciones legales, dejando el artículo 227 para el incumplimiento de las obligaciones judicialmente controladas. Este elemento, el judicial, propio de los procedimientos de separación, divorcio o nulidad (y filiación o alimentos de hijos) es lo que fundamentalmente diferencia los dos delitos de inasistencia familiar.

La criminalización de los impagos derivados de las crisis matrimoniales, que históricamente hablando fue anterior a la de la figura delictiva tradicional de abandono de familia (pues el primer precedente data de 1932), tuvo en el artículo 487 bis del viejo Código el precedente inmediato del vigente artículo 227.

Respecto del Código Penal de 1995, como he explicado a lo largo del trabajo, la regulación que introduce reduce los plazos de impago que dan lugar al comportamiento

delictivo, a dos meses consecutivos y cuatro no consecutivos. Dicha reducción, a la luz de los datos extraídos, no responde al hecho de que los incumplimientos fueran inferiores a los periodos recogidos en la regulación anterior y, por tanto, quedarán muchas conductas fuera del ámbito de aplicación de dicho delito. Más bien parece que el legislador ha querido acentuar su reproche ante las conductas de impago de pensiones.

Como novedades de contenido resaltamos la ampliación de este delito a los incumplimientos de prestaciones establecidas en un proceso de filiación, ya que en el Código penal anterior no se abarcaban los supuestos de prestaciones a hijos extramatrimoniales por no derivarse el incumplimiento de una sentencia de separación, divorcio o nulidad; en segundo lugar, también se criminaliza el incumplimiento de prestaciones que no sean periódicas (por ejemplo, la indemnización del art. 98 del Código civil al cónyuge de buena fe en una nulidad matrimonial).

Con respecto a la pena, se valora positivamente que se castigue esta conducta con arresto de fin de semana. Con esta pena se permite que el condenado pueda seguir desarrollando su actividad laboral y, por tanto, hacer frente a la obligación contraída.

Los resultados de la investigación son coincidentes, tanto en el ámbito civil como en el penal, en el perfil de los beneficiarios de las prestaciones que reclaman éstas judicialmente y en las características del incumplidor.

Con respecto a los primeros, se trata de una estructura familiar compuesta mayoritariamente por dos hijos menores de 14 años a cargo de la madre. Esta tiene una edad comprendida entre los 31 y 40 años, dedicada a las tareas del hogar y con derecho a una pensión cuya cuantía total oscila entre 25.000 y 50.000 pesetas al mes.

Esta realidad se contrapone a la práctica judicial penal que, por regla general, responde con sanciones poco severas y sin darle relevancia a dos hechos de suma importancia: la duración del incumplimiento y el número de beneficiarios afectados, que reproducen la mayor o menor situación de precariedad de las víctimas de este delito.

A raíz de la crisis económica nos hacemos eco del aumento de las denuncias penales por impago de pensiones de alimentos que, en la gran mayoría de los casos, el progenitor obligado al pago acaba sentándose en el *“banco de los acusados”*. La clave para conseguir una sentencia absolutoria era acreditar una *“imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida”* por cuanto el tipo penal del art. 227.1 del Código Penal excluye de sanción aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento y tal afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 18 de junio de 2013 *“el mero incumplimiento de las obligaciones descritas en el art.227 CP no puede tenerse como comportamiento penalmente significativo, pues ello supondría, con renuncia a los principios estructurales del sistema punitivo...”*

16. BIBLIOGRAFÍA:

- Página web lasprovincias.es
- Revista jurídica gallega.
- Derecho Penal Español de Javier Álvarez García.
- (Roca Agapito, L; *Derecho Penal Español Parte Especial (I) 2ª Edición Aumentada y Corregida conforme a la Ley Orgánica 5/2010; Director F. Javier Álvarez García) Tirant lo Blanch, 2011.*
- BERNAL DEL CASTILLO, J. *El delito de impago de pensiones*, Barcelona, 1997.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Sobre quebrantamiento de condena, impago de pensiones, falta de comparecencia a comisiones de investigación y citaciones judiciales”.
- BERMÚDEZ OCHOA, E. “El problema de la responsabilidad civil en el delito de abandono de familia por impago de pensiones del artículo 487 bis del Código Penal”.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. “El impago de pensiones alimenticias: La creación de un fondo de garantía como solución al problema”, *Revista de Derecho Privado* 85 (2001).
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”.
- DELGADO LÓPEZ, L. M. “El artículo 103 de la Ley Enjuiciamiento Criminal y el delito de impago de pensiones”.
- FLORS MATIES, J. “Sobre el delito de impago de prestaciones económicas del artículo 487 bis del Código Penal”.
- GARCÍA ARÁN, M. “El impago de pensiones acordadas judicialmente en el Código Penal de 1995”.
- GÓMEZ PAVÓN, P. “El impago de pensiones alimenticias (artículo 487 bis del Código Penal). Su posible inconstitucionalidad”.
- GONZÁLEZ GUTIÁN, L. “El incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos matrimoniales y de filiación”.

- LAURENZO COPELLO, P. “El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio”.
- LÁZARO PALAU, C. M. “Delito de impago de pensiones. Una propuesta para la mejora de su tipificación”.
- MAGRO SERVET, V. “La casuística del delito de impago de pensiones en el nuevo Código penal (Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre)”.
- MARCHENA GÓMEZ, M. “Delito de impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los procesos matrimoniales, de filiación y alimentos”.
- MARTÍN LÓPEZ, M. T. “El principio de igualdad. Los hijos extramatrimoniales en el delito de impago de pensiones. (Comentario a la STC 74/1997, de 21 de abril)”, en *Derecho privado y Constitución*.
- NIÑEROLA GIMÉNEZ, I. “El procedimiento de separación y divorcio: medidas cautelares y provisionales, aspectos civiles y penales del impago de pensión, en Montalbán huertas, I. *Encuentro i violencia doméstica*.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A.L “Aspectos penales de especial incidencia en la separación y el divorcio: impago de pensiones, alzamiento de bienes y violencia.”
- PARDO GONZÁLEZ, Y “Delitos de impago de pensiones”, en Varela Portela. *Mujer y Justicia. Estudio de la jurisprudencia desde la perspectiva de género*, Barcelona.
- PASTOR ÁLVAREZ, MC “Artículo 227” en Cobo del Rosal *Comentarios*, “Artículo 228”.
- PEÑÍN DEL PALACIO, M.A “Reflexiones sobre el artículo 487 bis del Código Penal y la responsabilidad civil derivada del mismo”.
- PÉREZ MANZANO, M “El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio”.
- POLAINO NAVARRETE, M. “Impago de prestación económica familiar (art.487 bis)”.
- REIG REIG, J. V. “Comentarios al art.487 bis”.

- SANZ MORÁN, C. “Algunas consideraciones relativas al delito de impago de pensiones”.
- VARELA PORTELA, M. J. “Impago de pensiones: la desigual aplicación del art.487 bis. Ensayo comparativo de la jurisprudencia,” en Latorre Latorre. V: “*Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Valencia, 1995.
- DE VEGA RUIZ, J. A. “La prisión por deudas conyugales”, 2ª ed., Madrid, 1994.
- VIDORRETA RUIZ, C. “Comentarios al artículo 227 del Código Penal de 1995”.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. “El delito de impago de prestaciones, una intromisión del legislador penal en el campo del Derecho civil por la vía de resucitar la vieja prisión por deudas”.

16.1 Bases de datos:

- Consultor jurídico “Europea de Derecho”.
- Westlaw – Aranzadi.
- CENDOJ – Buscador de Jurisprudencia del Poder Judicial del CGPJ.
- La Ley.
- Sepin.
- Tirant lo Blanch.

17. LEGISLACIÓN

- Artículo 34 de la Ley de Divorcio de 1932.
- Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del ACP.
- Código Civil: Artículo 68, 90, Artículo 93, 97, Artículo 99 y Artículo 103

- Artículo 227.3 del Código Penal francés.
- Artículo 391 bis del Código Penal belga.
- Código Penal: Artículo 4, 74.3, Artículo 173, 226, Artículo 227, 229 Artículo 233, 268, Artículo 556 y Artículo 634.
- Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 768, 771, Artículo 772, 775 y Artículo 777.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal: Artículo 103 y Artículo 779.1.4°.