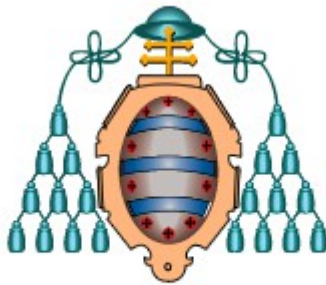


**“EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES Y SU RELACIÓN CON LAS APARENTES
INSOLVENCIAS”**

TRABAJO FIN DE MÁSTER



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACÍA

CURSO 2014/2015

Alumna: Marta Astorgano Diez

Tutor/director: Luis Roca De Agapito

ÍNDICE

1. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO	Pág 3
2. CASO PRÁCTICO	Pág 4-6
3. REGULACIÓN DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES	
3.1. Introducción	Pág 7-10
3.2. Aspectos jurídicos	Pág 10-30
3.2.1. La resolución judicial.....	Pág 10-12
3.2.2. Condición de perseguibilidad: la denuncia.....	Pág 12-14
3.2.3. Omisión de pago de la prestación.....	Pág 15-21
– La ausencia de la acción determinada y los pagos parciales	
– La capacidad personal de acción y la carga de la prueba	
3.2.4. Voluntariedad del impago: el dolo.....	Pág 21-22
3.2.5. ¿Se trata de un delito permanente o de un delito continuado?.....	Pág 22-23
3.2.6. Delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento.....	Pág 24-25
3.2.7. La responsabilidad civil derivada del delito.....	Pág 26-29
3.2.8. La reincidencia.....	Pág 29
3.2.9. La falta de impago de pensiones.....	Pág 29-30
4. LAS APARENTES INSOLVENCIAS	Pág 30-34
4.1 Posibilidad de existencia de concurso entre el delito de impago de pensiones y el delito de alzamiento de bienes del Artículo 257	Pág 33-34
5. CONCLUSIONES	Pág 34-35

1.JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

El presente trabajo trata sobre el delito de impago de pensiones haciendo referencia a los problemas jurídicos que se plantean y sobre todo a la posibilidad de que el obligado al pago no pueda pagar o pueda y no quiera y para ello realice artimañas con las que evitar que se le encuentren bienes. Es un tema muy interesante ya que es la realidad que existe hoy en día en nuestro país y que afecta, no sólo a los cónyuges separados, sino también a los hijos de ambos, muchos de ellos menores de edad, que con el impago de la pensión pueden llegar a sufrir precariedad económica dañando su propia subsistencia.

Un argumento muy utilizado por la defensa es que se alegue la existencia de la situación de precariedad económica, laboral y personal por las que atraviesa el ejecutado y que le han impedido hacer frente a las pensiones que se le reclaman. Como veremos, es necesario para poder condenar por este delito que el acusado posea capacidad económica para hacer frente al pago de la obligación pero, en muchas ocasiones los tribunales consideran que comenten igualmente el delito por no haber utilizado un intrusmento que tenían a su disposición realmente han sufrido un descenso en sus ingresos: la modificación de medidas.

Se trata de un tema muy de actualidad debido a la crisis económica que vivimos. Tiene una influencia directa en las relaciones personales y sociales incrementándose los procedimientos judiciales relacionados con las cuantías de las pensiones alimenticias en dos sentidos:

- Por una parte, hay muchos progenitores a los que se les asignó el pago de una cantidad en un momento y que ahora reclaman que se les baje, por la pérdida del empleo o por su reducción de salario.
- Por otra parte también han aumentado las reclamaciones de pagos de atrasos en las pensiones. Además en estas reclamaciones se llevan las cuentas al detalle.

Este delito es conflictivo desde el punto de vista social, y ello porque se entremezclan el sentimiento familiar por la unión que ha existido entre el denunciante y el denunciado, y la acción penal por la búsqueda de un castigo al que ha dejado de pagar para que resarza el daño.

2.CASO PRÁCTICO

Doña María y Don Javier contrajeron matrimonio el 7 de julio de 1985, bajo el régimen económico de sociedad legal de gananciales. Fruto de este matrimonio nacieron cuatro hijos: Emma, nacida el 20 de septiembre de 1985 ; Carlos, nacido el 1 de abril de 1990; Rodrigo, nacido el 19 de noviembre de 1994; y Jorge, nacido el 7 de marzo de 1998.

Debido a desavenencias, decidieron divorciarse, recayendo sentencia el 14 de abril de 2003 en el procedimiento de divorcio contencioso. En esta sentencia se estableció la obligación de Don Javier de abonar 900€ mensuales de pensión de alimentos para sus hijos, es decir, 225 euros para cada uno. Esta pensión, se estableció que se pagaría en los 10 primeros días de cada mes en un número de cuenta designada a tal efecto por Doña María, ya que los hijos eran menores de edad. En cuanto a la pensión compensatoria, no se estableció y ello porque no existía desequilibrio económico entre ambos cónyuges tras el divorcio.

Se estableció una pensión de alimentos de 900€ debido a que en aquel momento eran todos menores de edad por lo que todos eran dependientes económicamente de sus progenitores, estimándose sobre unos ingresos de 1.400€ mensuales.

El 16 de diciembre de 2008 Don Javier fue condenado por un delito de abandono de familia a una pena de multa de 6 meses a razón de 6€ diarios.

El día 4 de abril de 2011, Emma , ya mayor de edad, interpuso denuncia reclamando el pago de la pensión alimenticia exponiendo que el denunciado no ha abonado cantidad alguna desde el 16 de diciembre de 2008, fecha en la que resultó condenado penalmente, hasta la fecha presente.

El 11 de noviembre de 2011 se tramitan las diligencias previas por procedimiento abreviado.

Con fecha 2 de febrero de 2012, el Ministerio Fiscal pide que se libre oficio a la Tesorería General de la Seguridad Social a fin de que se remita vida laboral del acusado. Fruto de este oficio se comprueba que el acusado en el año 2008, 2009, 2010 y hasta marzo de 2011 desempeñó actividad laboral para la misma empresa en la que trabajaba en el momento en que se dictó la sentencia de divorcio. Desde marzo de 2011 hasta la fecha del oficio, el acusado cobra el subsidio de desempleo.

Con fecha 16 de mayo de 2012 el Ministerio Fiscal pide la apertura del juicio oral, solicitando para el acusado una pena de 1 año de prisión y el pago de las cantidades debidas + IPC. Posteriormente, el 28 de mayo de 2012 el auto de apertura de juicio oral impone al acusado una fianza de 31.500€ para satisfacer las posibles responsabilidades civiles, embargándose sus bienes en el caso de que no pague la citada fianza.

Debido a que el acusado no prestó la citada fianza, y a que no señaló bienes con los que hacer frente a la responsabilidad civil, el juez ordenó investigar y embargar los bienes pertenencia del acusado, y para ello acordó varios oficios. Fruto de ellos se encontró una cuenta corriente titularidad del acusado con un saldo de 1.214,45€ en la que se le venían ingresando el subsidio de desempleo, subsidio que cobro desde marzo se 2011 a abril de 2012.

A través del Punto Neutro Judicial se averiguó que el único bien que poseía era una finca rústica, que vendió a su hermana mediante escritura notarial en abril de 2012 por valor de 5.346,8€ , no constando en su cuenta corriente ningún ingreso del valor de dicha venta.

La defensa en su escrito aporta la siguiente documentación:

- certificado de desempleo desde marzo de 2011 a abril de 2012: en este periodo cobraba 687,78€ de pensión.
- Contrato de arrendamiento
- Sentencia de la Audiencia Provincial de octubre de 2012, sobre modificación de medidas en la que se *“se decreta la cesación del deber alimentario del accionante respecto de sus hijos Doña Emma y Don Carlos y se fija en 70€ la debida a cada uno de sus otros dos hijos, Don Rodrigo y Don Carlos , que se actualizará anualmente conforme al IPC”*,

Con fecha 10 de diciembre de 2012 se celebra la vista del juicio, modificando el Ministerio Fiscal sus conclusiones provisionales en el sentido de modificar la pena a imponer, solicitando la **condena del acusado como autor de un delito de abandono de familia, en su modalidad de impago de pensiones, concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 15 meses de multa a razón de 2 euros diarios, con la responsabilidad penal subsidiaria para el caso de impago, con imposición de las costas procesales; y que en concepto de responsabilidad civil indemnice a**

Doña Emma por las cantidades dejadas de abonar en concepto de alimentos, con las revalorizaciones correspondientes del IPC y que deberán de determinarse en ejecución de sentencia.

Se redacta SENTENCIA DE CONFORMIDAD, en los términos descritos anteriormente, estableciendo como hechos probados los siguientes:

“El acusado Don Javier con DNI nº XXXX, mayor de edad y con antecedentes penales computables a los efectos de reincidencia al haber sido condenado por un delito de abandono de familia en Sentencia firme de fecha 16 de diciembre de 2008 dictada por el Juzgado de lo Penal nº1 de Avilés, en la ejecutoria XXXX. Estando obligado por Sentencia de divorcio de 14 de abril de 2003 dictada por el Juzgado de Primera instancia de X, en el procedimiento de divorcio contencioso XXX, al pago de 900 euros mensuales, actualizables conforme al IPC, para el sustento de sus hijos por entonces todos menores de edad, fruto de su matrimonio con Doña María.

En abril de 2011 la hija del acusado Doña Emma, ya mayor de edad, interpuso denuncia reclamando el pago de la pensión alimenticia. El acusado no ha abonado desde el 16 de diciembre de 2008, fecha en la que resultó condenado penalmente, hasta la fecha presente ingreso alguno a favor de Doña Emma”.

En fase de ejecución el Ministerio Fiscal limita la responsabilidad civil hasta la fecha del juicio, concretándola en 13.444,75€. La defensa muestra disconformidad con esa cifra ya que considera que debe tenerse en cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 26 de octubre de 2012 en la que se retira la pensión a Doña Emma por ser esta mayor de edad y Don Javier encontrarse en situación de desempleo.

El juez resuelve y fija la responsabilidad civil en 13.153,8€

Con fecha 18 de abril de 2013, la defensa interpone recurso de aclaración porque el juez no tuvo en cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo sobre modificación de medidas para concretar la responsabilidad civil, desestimándose el recurso con fecha 24 de abril de 2013.

Con fecha 6 de marzo de 2014 se realiza el requerimiento de pago a Don Javier ya que hasta la fecha no ha abonado la responsabilidad civil.

3. REGULACIÓN DEL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

3.1 Introducción

El delito de impago de pensiones se regula en el **Artículo 227.1 del Código Penal**, disponiendo 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.”¹

En cuanto al bien jurídico protegido por este tipo delictivo existen discrepancias en la doctrina y ello porque la tipificación de este delito debe obedecer a una necesidad protectora de un bien jurídico concreto para así evitar, en palabras de BERNAL DEL CASTILLO, la “huida” hacia el Derecho Penal, es decir, el incremento de la intervención del Derecho punitivo en diversos ámbitos de las relaciones humanas cuya regulación corresponde a otros sectores del Ordenamiento Jurídico, con la pretensión de resolver todo tipo de problemas sociales por la vía de tipificar nuevos delitos o de introducir nuevas circunstancias agravatorias en las infracciones penales ya existentes.²

Existen diversas opiniones en la doctrina considerando un sector que el bien jurídico protegido es la Administración de justicia asimilándolo así con el delito de desobediencia regulado en el Artículo 556 del Código Penal vigente, considerando que se infringe el principio de autoridad que se deriva de la obligación del cumplimiento de una orden procedente de una autoridad judicial.³

Antes de la reforma de 1995 del Código Penal, los seguidores de esta opinión la justificaban alegando la igualdad de las sanciones previstas en el precepto del delito de desobediencia y en el precepto del delito de impago; así como la configuración del delito de impago como un delito

1 STS 579/2001, de 3 de abril: “...Esta figura delictiva tipificada en el Artículo 227 CP constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto”

2 Cit. BERNAL DEL CASTILLO *El delito de impago de pensiones*, pag 20

3 Entiende LAURENZO COPELLO que el carácter judicial del instrumento en el que se imponen las prestaciones económicas tipificadas no puede considerarse decisivo de cara a determinar el bien jurídico. Esa referencia legal se explica porque el Código Penal ha acotado las conductas punibles atendiéndose a lo regalado en la legislación civil para establecer las cargas económicas derivadas de una crisis matrimonial o de filiación.

público que era perseguible de oficio, a diferencia de otros supuestos de abandono de familia que estaban supeditados a la denuncia previa. Pero tras la reforma del Código Penal estos argumentos han perdido vigencia ya que el delito de impago de pensiones se configura como un delito semipúblico, no existiendo diferencia alguna en materia de perseguibilidad entre el impago de pensiones y los demás delitos de abandono de familia y no hay coincidencia de penas entre ambas figuras.

Algunos autores consideran que sólo cuando ha existido un requerimiento de pago previo puede considerarse que la orden de ha incumplido a efectos del delito de desobediencia. En opinión de BERNAL DE CASTILLO, no es posible que se pueda deducir del análisis del tipo de delito de impago la exigencia de requerimiento previo para poder estimar que se ha realizado la conducta típica entendiéndose realizada con independencia de si hubo o no requerimiento. Pero resulta posible considerar que sólo si hubo requerimiento esa misma conducta de impago ha dado lugar además a un delito de desobediencia.

La opinión mayoritaria de la doctrina, que comparto, atribuye al impago de pensiones la naturaleza de un delito contra la familia y ello porque aparece regulado en el Código Penal de 1995 dentro del Título “Delitos contra las relaciones familiares” e integrado en el capítulo “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”. Concretamente el bien jurídico sería la protección de la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones frente al posible riesgo que comporta el incumplimiento de las obligaciones nacidas en el ámbito de las relaciones familiares más relevantes, obligaciones que permiten la salvaguarda de bienes jurídicos fundamentales de los beneficiarios entendiéndose por éstos no sólo la vida y la salud física o psíquica de las personas, sino también las condiciones esenciales para garantizarles una vida digna.⁴

Para apoyar esta opinión, debe señalarse que la Exposición de Motivos de la LO 3/1989 de 21 de junio sobre actualización del Código Penal que introduce esta figura penal, indicaba que el delito de abandono de familia en su modalidad de incumplimiento de prestaciones judicialmente impuestas buscaba la protección real de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarla.

En este sentido señala la SAP Girona, de 16 de enero de 1998 que “ el bien jurídico protegido con esta nueva figura delictiva está directamente relacionado con la seguridad de los miembros de la

4 Véase LAURENZO COPELLO *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, pag 69

familia económicamente más débiles, en especial los hijos, cuya situación vital, tanto en lo material como en lo psicológico, puede verse seriamente afectada, y aun gravemente deteriorada, si la persona que hasta el momento de la ruptura conyugal les asistía económicamente deja de procurar su mantenimiento mediante la entrega de las cantidades precisas para tal fin, que son las libremente convenidas por los padres en el convenio regulador de su separación o divorcio o, en su defecto, las señaladas judicialmente en la sentencia que decretó la separación o el divorcio. Por consiguiente, el objeto de la tutela no es en verdad de carácter económico, sino que está más allá de lo puramente crematístico, ni tampoco queda reducido a una mera desobediencia la resolución judicial que fijó el montante de las pensiones mensuales”⁵

El sujeto activo de este delito únicamente puede ser el cónyuge o progenitor obligado al cumplimiento de una prestación económica establecida en convenio o resolución judicial, considerando la doctrina mayoritaria, como es el caso del autor BERNAL DEL CASTILLO, que nos encontramos ante un delito especial al circunscribir el precepto penal el círculo de autores a los anteriormente citados.

Por otra parte, los sujetos pasivos del delito de impago serán los beneficiarios de las prestaciones económicas, incluyéndose aquí también a los hijos nacidos fuera del matrimonio, dando así cumplimiento al Artículo 39.3 de la Constitución Española que establece que : “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*” Con este mandato constitucional se acabó con la discriminación contenida en el antiguo Artículo 497 bis CP.⁶

Los elementos típicos que definen el delito, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia⁷, como por ejemplo en la Sentencia de 13 de febrero de 2001, son:

1. Resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación y alimentos, o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos, sin que sea preciso que a tal derecho de crédito acompañe una situación de necesidad

5 En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona 689/2012 de 30 de junio que indica que el precepto castiga el impago de las pensiones alimenticias con la finalidad de proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos.

6 STC 18 de marzo de 1998 (RTC 1998/67)

7 Así lo recogen también en sus sentencias: SAP Toledo, 21/2012 de 29 de marzo; SAP Ávila 91/2014, de 29 de mayo; SAP Madrid 454/2012, de 30 de octubre; SAP Pontevedra, 309/2013, de 3 de diciembre; SAP Baleares, 79/2007 de 16 de mayo, entre otras.

vital por parte del beneficiario de la prestación

2. Conducta omisiva, consistente en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal, es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos.
3. Un elemento subjetivo, configurado por el conocimiento de la obligación de pagar, y exista voluntariedad por parte del deudor para ese incumplimiento, es decir, que exista un comportamiento doloso del obligado al pago.

Con este último requisito se excluye por el legislador la denominada “prisión por deudas”⁸ que está expresamente prohibida por el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 que establece que: “ *nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*”. Por lo tanto, como señala LAURENZO COPELLO, el deber de actuar y la responsabilidad penal están supeditados a la posibilidad concreta del obligado de afrontar el pago de la prestación debida, considerándose así este delito como un delito de omisión.

3.2 Aspectos jurídicos

3.2.1. La resolución judicial

El tipo delictivo de impago de pensión , tal y como dispone el **Artículo 227.1 CP**, exige que la prestación quede “ ...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...”.

El término “resolución judicial” se extiende tanto a las sentencias como a los autos judiciales y, por tanto, a las medidas provisionales acordadas judicialmente tras la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio o durante la sustantación del proceso de filiación o de alimentos a favor de hijos.

8 Vid. BERNAL DEL CASTILLO, *El delito de impago de pensiones*, cit pag 25, quien en contra de la calificación del delito de impago como un supuesto de prisión por deudas, argumenta que debe recordarse también la exigencia dentro del tipo objetivo de este delito, de la posibilidad o capacidad personal de cumplir las obligaciones, configurándose como uno de los elementos necesarios para poder entender realizada la acción típica. Señala que, si se tratara en concreto de sancionar el mero incumplimiento de las prestaciones, carecería de importancia la real o posible falta de capacidad del obligado a la prestación para satisfacerla, verificándose la comisión del delito con la simple omisión de las prestaciones debidas.

Lo que no suele englobarse en este tipo delictivo, es el impago de obligaciones establecidas en las medidas provisionales que se pueden decretar del artículo 104 del Código Civil : “*Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente.*” y ello porque la propia brevedad temporal de tales medidas excluye que se alcancen los plazos legales mínimos de incumplimiento que exige el Artículo 227 del Código Penal. Solo en el caso en que se admita la demanda los efectos de las medidas del artículo citado se prolongan hasta el momento de ser sustituidas por las que se establezcan en sentencia definitiva, y por lo tanto, en este caso si se cumplen los plazos legales exigidos si que nos encontraríamos ante un delito de impago de pensiones.⁹

En este caso lo que se reclama es el impago de la pensión de alimentos que se estableció en sentencia de divorcio.

La fijación de la cuantía de los alimentos depende de las circunstancias del alimentante y no sólo del alimentista, de tal forma que las circunstancias concretas de las partes a la hora de determinar la pensión de alimentos es fundamental. Si bien ambos progenitores están obligados a satisfacer alimentos, en materia de separación y divorcio la pensión de alimentos respecto de los hijos queda fijada en términos monetarios respecto del progenitor no custodio. Además no solo deben tenerse en cuenta el caudal de bienes del que dispone en ese momento concreto sino a su total patrimonio, que genera ingresos pero también implica gastos que han de deducirse¹⁰

Debe tenerse en cuenta sin embargo que la pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad tiene un contenido amplio cuya concreta fijación parte, como queda dicho, de los criterios genéricos de la proporcionalidad entre la necesidad del alimentista en relación con las posibilidades del alimentante si bien la Jurisprudencia aporta otros criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía del derecho de alimentos a favor de los menores, siendo especialmente relevante el principio “*favor filii*” que debe presidir en todo caso, primando la satisfacción de las necesidades de los hijos menores sobre la satisfacción de las necesidades de los progenitores¹¹

La pensión de alimentos debe respetar el denominado “mínimo vital” que no es una cantidad fija sino que como señala SAP Madrid 24^a de 29 de enero de 2007 “*por la heterogeneidad de*

9 Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado

10 SAP Madrid de 6 de febrero de 1998 y SAP León de 12 de noviembre de 1997

11 STS 16 de julio de 2002.

situaciones que pueden llegar a presentarse, el “mínimo vital” que se aduce en la Jurisprudencia reseñada no es, ni debería ser, una cantidad fija y siempre la misma para todos los casos sino que se debe ajustar a las circunstancias concurrentes en cada caso que pueden ser muy diferentes para cada asunto sometido a la resolución de los Tribunales.”¹²

Debido a los diferentes criterios jurisprudenciales a la hora de fijar la cuantía de la pensión de alimentos, el Consejo General del Poder Judicial ha elaborado unas tablas orientativas para la determinación de las pensiones de alimentos para los hijos en los procesos de familia respetándose la independencia de Jueces y Magistrados, tanto en su uso habitual o no, cómo en su aplicación a cada uno de los casos concretos.

Las Tablas pueden ser utilizadas en los procesos de nulidad, separación y divorcio, guarda y custodia de hijos menores y alimentos, medidas provisionales previas, coetáneas y cautelares de los anteriores procesos, alimentos entre parientes y en las medidas cautelares de los procesos de filiación, paternidad y maternidad, ya sean competencia estos procesos de los Juzgados de 1ª Instancia, de Familia o de Violencia contra la Mujer. Igualmente se estima que las Tablas pueden ser útiles tanto para los procesos en primera instancia como en la fase de apelación o en casación ante el Tribunal Supremo.

3.2.2. Condición de procedibilidad: la denuncia

El **Artículo 228** del Código Penal ya establece que estos delitos *“solo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o un persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”*

La denuncia previa que exige el citado artículo es un requisito de procedibilidad. Por lo tanto en ningún caso la solicitud de la parte en el proceso civil para que se deduzca testimonio hacia la jurisdicción penal del incumplimiento del obligado, ni su deducción y remisión de oficio por el órgano jurisdiccional civil ni tal siguiera la intervención a posteriori del Ministerio Fiscal convalidarán o sustituirán la exigencia de la denuncia ¹³.

12 En la jurisprudencia pueden observarse diferentes cantidades que se consideran “mínimo vital”: Así la SAP Zaragoza de 28 de febrero de 2012 lo establece en 150€; en cambio la SAP Valencia de 7 de febrero 2013 fija el mínimo en 180€; o la SAP Asturias de 18 enero 2013 que fija el mínimo en 100€.

13 Véase publicación en Thomson Reuter Aranzadi, SALÁS DARROCHA, Josep Tomás *El delito de impago de pensiones*. Pamplona, 2003.

Una vez cumplido el requisito de procedibilidad que exige el Artículo 228 CP, la renuncia del perjudicado al ejercicio de la acción penal no supone la extinción de la misma, pudiendo ser llevada a cabo por el representante de la acusación pública conforme a lo establecido en el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹⁴ Es decir, ningún efecto procesal tiene la renuncia del denunciante ya que esta renuncia sólo extingue la responsabilidad criminal en los denominados delitos privados en los que el ejercicio de la acción penal corresponde en exclusiva al perjudicado, siendo el delito de impago de pensiones un delito semipúblico.

En este sentido se pronuncia la SAP Zaragoza, Sección 3ª 96/2009, de 3 de febrero: “...Por lo demás el delito de abandono de familia es un delito semipúblico (y no privado) en el que el perjudicado únicamente tiene la disponibilidad de la acción penal para decidir sobre el inicio del proceso mediante la formulación o no de la correspondiente denuncia que opera como condición de perseguibilidad o procedibilidad, pero una vez iniciado el proceso a su instancia, la acción penal es pública pudiendo ser ejecutada por el Ministerio Fiscal, aunque el perjudicado renuncie a su ejercicio, de ahí que el perdón del ofendido, a diferencia de lo que ocurre con los delitos privados no está previsto como causa de extinción de la responsabilidad criminal”.

La persona aquí agraviada es mayor de edad y por tanto es la persona legitimada para iniciar el procedimiento por un delito de impago de pensiones. Es unánime la aceptación de la validez de la denuncia formulada por el padre o madre receptor de la prestación cuando se refiere a cantidades no abonadas durante la minoría de edad del hijo, y ello aunque el hijo adquiriera la mayoría de edad cuando se formula la denuncia.

Existen diferencias doctrinales y jurisprudenciales en los casos en los que, aún tratándose de hijos mayores, la denuncia ha sido formulada por el padre o madre que debía recibir la prestación económica para sus alimentos:

-Para una de las líneas jurisprudenciales “la persona agraviada” a que se refiere el Artículo 228 del Código Penal es exclusivamente el hijo que tiene derecho a la pensión, considerando que el padre o madre puede hacer uso de acciones civiles para reclamar pero no formular denuncia.¹⁵

14 SAP Palmas, Sección 2ª, 277/2009, de 8 de mayo.

15 En este sentido, SAP A Coruña, Sección 6ª. 16/2003 de 7 de febrero: “ *una interpretación finalista del Artículo 228 CP lleva a entender que si se hizo depender la persecución del hecho punible de un acto de voluntad de la persona perjudicada, ello es perfectamente explicable por la existencia de lazos personales especialmente intensos entre los sujetos activos y pasivos del delito que llevaron a entender exigible un acto inicial de voluntad del perjudicado o de su representante legal que pudiera tener otro criterio y no desear someter a su progenitor, cónyuge o ex cónyuge a*

Tal y como señala la SAP A Coruña, Sección 6ª, 16/2007 de 7 de febrero, no puede trasladarse de modo automático al ámbito penal la legitimación para reclamar prestaciones alimenticias en procesos matrimoniales del progenitor que convive con los hijos mayores de edad, y ello porque tal legitimación no convierte a la persona habilitada para reclamar los alimentos en agraviada tal y como exige la norma penal, y en cualquier caso no puede olvidarse que la decisión de promover el castigo penal del hecho no es delegable o sustituible fuera de los casos que legalmente se prevén, pero que en este delito no concurren.

En este sentido también se pronuncia la SAP de Girona, Sección 3ª, 456/2005, de 2 de mayo, exponiendo que *“el término “agraviado” que emplea el Artículo 228 CP equivale a sujeto pasivo del delito que es persona distinta al sujeto pasivo de la acción. La legitimación y por ende el concepto de agraviado lo posee únicamente el primero puesto que es el titular del bien jurídico protegido, o si se quiere, del bien jurídico lesionado”*.

-La segunda línea jurisprudencial entiende por “persona agraviada” a aquella que resulta ofendida o perjudicada en sus derechos e intereses, incluyendo en este concepto también al padre o madre que tiene a los hijos bajo su amparo.¹⁶

De acuerdo con esta línea jurisprudencial tan agraviados resultan ser los hijos como el progenitor que los tiene bajo su amparo y protección y que se ve obligado a suplir los alimentos insatisfechos por el otro progenitor, pues, si bien los alimentos fueron establecidos a favor de los hijos, ello no significa que tengan que ser éstos los perceptores directos sino que es el progenitor que los ampara el que figura como preceptor de dicha cantidad para su administración y gasto, en beneficio de los hijos, sin que el mero hecho de que éstos alcancen la mayoría de edad suponga el cese automático de la obligación del pago de alimentos a su favor.

un proceso penal para que el ius puniendi se ejercitase”.

16 En este sentido, SAP Barcelona, Sección 8ª, 515/2005, de 29 de abril, que dice: *“ El artículo 228 del Código Penal exige para la persecución del delito que se alude en el Artículo 227 la denuncia previa de la persona agraviada. Bastará con acudir a la parte dispositiva en que se establece la obligación contributiva cuyo incumplimiento se atribuye al acusado para comprobar que, aunque el origen de la pensión se halle en la provisión de alimentos a los hijos comunes, la misma había de materializarse mediante su entrega e ingreso en cuenta propia de la madre. Ésta es pues la única persona que puede estimarse agraviada por el incumplimiento de tal obligación, al menos a los fines de realizar el requisito de procedibilidad y persecución del delito nacido de tal incumplimiento, por lo que, constando la denuncia efectiva de dicha agraviada, habrá de tenerse por satisfecho el requisito formal invocado en el recurso, debiendo alcanzar la obligación civil declarada exigible también a los importes correspondientes al hijo del acusado, independientemente de que el mismo hubiere alcanzado la mayoría de edad, pues ello no libera a los padres de la obligación de alimentos sobre ellos, a menos que conste su autonomía de subsistencia”.*

3.2.3. Omisión de pago de la prestación

Se trata de un delito de omisión y ello porque la conducta consiste en “dejar de pagar”, manifestándose de forma unánime la doctrina en este sentido, en el que no es necesario que se produzca un resultado para que el delito se consume. Se trata por tanto de un delito de peligro¹⁷ que no requiere ninguna quiebra en la situación económica real o al menos en el sustento o asistencia mínima del cónyuge o hijo que deba recibir la prestación.¹⁸

Por ser un delito de omisión pura se integran en él los siguientes elementos: una situación típica; la ausencia de la acción determinada y, la capacidad de realizar la acción.

- **La ausencia de la acción determinada y los pagos parciales**

Para que el delito se consume es necesario, tal y como dispone el Artículo 227.1, que el sujeto activo del delito deje de abonar la pensión determinada durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos siendo necesario que todas las prestaciones sean exigibles en el momento de cumplirse el último impago, es decir, en palabras de la STS de 28 de julio de 1999, que “estamos ante una deuda líquida, vencida y exigible que no puede ser compensada por decisión unilateral del deudor”.

La modalidad consistente en la acumulación de cuatro impagos no consecutivos genera una situación de inseguridad y ello porque el Código Penal no contempla un plazo máximo dentro del cual deberían producirse los cuatro incumplimientos si haciéndolo el Código Civil en su artículo 1966.¹⁹

Este artículo fija el plazo de prescripción para esta clase de pensiones en cinco años por lo que en este mismo periodo deberán producirse los cuatro impagos no consecutivos del Artículo 227 CP.

Como expone BERNAL DEL CASTILLO, al reconocer la naturaleza omisiva del delito de impago

17 Expone LOURENZO COPELLO que el Artículo 227 ni exige una previa situación de necesidad en los beneficiarios, ni supedita la consumación del delito al surgimiento de un estado de desamparo provocado por la inobservancia del deber. Concluye que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto.

18 Véase BERNAL DEL CASTILLO, *El delito de impago de pensiones*, pág 70

19 LOURENZO COPELLO, pág 88, diferencia el plazo de prescripción civil del Artículo 1966 CC, del plazo de prescripción contemplado en el Artículo 131 CP que se relaciona con el delito teniendo relevancia para computar la prescripción del delito de impago de pensiones, lo que presupone que se han producido ya los cuatro impagos que configuran el tipo.

se exige la presencia de un concreto deber de acción, cuya omisión se eleva a la categoría de delito en el tipo penal regulador de esta infracción. En el delito de impago dicho deber de acción se establece en relación a las obligaciones pecuniarias que deben prestarse y que necesariamente deben constar en una resolución judicial. El sujeto activo infringe el deber de actuar, omitiendo el pago de la prestación.

En el caso práctico analizado, la defensa alega que el acusado de impago de alimentos venía abonando unos 70€ mensuales. Considerar el incumplimiento de la obligación de forma parcial como delito es uno de los problemas existentes en la doctrina.

Para algunos autores los incumplimientos parciales realizan igualmente el tipo y ello porque siguen siendo prestaciones económicas establecidas en una resolución judicial que se incumple. En opinión de LORENZO COPELLO²⁰ esta solución puede conducir a la denominada prisión por deudas, de la que se hablo anteriormente, y ello porque en muchos casos las cantidades impagadas no tienen la entidad suficiente como para perturbar las condiciones de vida del beneficiario de la pensión.

Otros autores consideran que la cuestión debe resolverse en base a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto teniendo en cuenta el importe total de la pensión y lo pagado por el denunciado de manera que si los pagos parciales pueden identificarse con la cantidad máxima que éste pudo hacer efectiva, debe excluirse la tipicidad. Así se pronunció la STS de 13 de febrero de 2001, determinando que ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante para integrar el delito.²¹

- **La capacidad personal de acción y la carga de la prueba**

La naturaleza omisiva del delito de impago exige además como presupuesto necesario, la capacidad personal de acción y que, en consecuencia, quien carece efectivamente de medios económicos para hacer frente a la resolución judicial que acuerda una prestación económica, no comete delito, es decir, existiría atipicidad en el incumplimiento. A esta conclusión debe llegarse desde la perspectiva de la cláusula de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta pudiendo hacerla.

20 Véase LOURENZO COPELLO, *“Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones”* pág 91

21 En este sentido también se pronuncia la SAP Burgos 5/2007 de 8 de enero.

No se considera que desaparece la capacidad de acción si el obligado al pago abandona voluntariamente su actividad laboral aún teniendo posibilidad de continuar en ella sin dificultades.²²

En el precepto penal no se hace ninguna referencia a este requisito pero es un tema que continuamente se somete a debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y ello porque en la actualidad consideran que si no se presta atención a este extremo podría volver a recaerse en la antigua Prisión por deudas, hoy prohibida por el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

Como señala la SAP de Madrid 1557/2000, de 13 de enero, “ no basta el mero incumplimiento para apreciar automáticamente la comisión del ilícito objeto de debate sino que es preciso examinar las circunstancias que motivaron esa falta de abono de pensiones”.

Pero existía una corriente jurisprudencial que hoy parece superada en la que se negaba la posibilidad de poder discutir este aspecto en un proceso penal por ser solo alegable en sede civil.²³

En el caso práctico real aquí analizado, el progenitor resulta condenado por impago de pensiones y ello pese a a que la defensa acreditó que desde marzo de 2011 hasta abril de 2012 se encontraba en situación de desempleo.

En mi opinión, la resolución de este caso fue la condena debido a que, aunque es cierto que en ese periodo (marzo de 2011 a abril de 2012) se encontraba en situación de desempleo percibiendo un subsidio que no le permitía pagar la pensión de alimentos, el impago se vino realizando desde diciembre de 2008, no acreditando la falta de capacidad económica en los años 2009 y 2010, y habiendo sido condenado anteriormente por el mismo delito. Se tuvo en cuenta también que, a pesar de su situación, no instó una modificación de medidas hasta transcurrido un año de la denuncia.²⁴

22 Según LAURENZO COPELLO la capacidad personal de la acción es 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.

23 SAP Santa Cruz de Tenerife 64/2000, de 24 de marzo: *“es doctrina reiterada de esta Sala, en lo que respecta al delito de impago de pensiones del artículo 227.1 y 3 del Código Penal vigente, en que se sostiene que de experimentarse algún cambio en la situación económica del obligado al pago, así como de las necesidades del preceptor respecto de lo estipulado en la Sentencia de separación o divorcio, es la jurisdicción civil la que habrá de acudir para lograr el reflejo correspondiente en la pensión, sin que en la causa penal tenga que plantearse la solvencia o no del que ha de pagar y en todo caso si pudo y debió hacerlo, cuestión que en su momento se tuvieron en cuenta por el Juez Civil que fijó la pensión, por lo que resulta evidente que es ante tal Jurisdicción donde se debe formular las pretensiones correspondientes ante cualquier variación de la situación.”*

24 Señala LOURENZO COPELLO que como acertadamente señala la jurisprudencia, tal inactividad bien puede tomarse como indicio serio de que el deudor contaba con los medios para hacer frente a sus obligaciones asistenciales, pues, de haber sufrido realmente un deterioro importante de sus condiciones económicas, tenía abierta

Señala la jurisprudencia, ejemplo SAP de Cádiz 174/2001 de 17 de abril que, si a pesar de haberse instado el expediente de modificación de medidas se aprecia la capacidad de acción del sujeto activo (especialmente si la demanda es muy posterior al impago o si el impago fue total o mucho menor del fijado posteriormente) y se dicta sentencia penal condenatoria, existe la posibilidad de reducir la indemnización civil en aquellos casos en que el citado expediente judicial de modificación de medidas se haya dictado sentencia estimatoria teniendo en cuenta como fecha inicial de los efectos de la sentencia civil de modificación de medidas la fecha en la que el acusado presentó demanda de modificación de medidas.

Pero, ¿a quién le corresponde la carga de la prueba de la capacidad económica del acusado?. Existe cierta controversia en este aspecto. Las dos posturas asentadas en la jurisprudencia menor y en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la condición consistente en la existencia de capacidad económica para poder afrontar el pago y sus consecuencias en cuanto a quien corresponde la carga de la prueba son:

-Por un lado los autores que, partiendo de la consideración de la capacidad de la acción como un elemento esencial del tipo objetivo de los delitos de omisión pura, consideran que corresponde a la acusación acreditar que el obligado tenía capacidad para hacer frente al pago. El sector jurisprudencial que sigue esta línea, opta por la absolución en los casos en los que no se aporta prueba de cargo suficiente en el plenario o existe una duda razonable respecto a la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

En este sentido, SAP Madrid, 128/2010, de 10 de mayo: “Por consiguiente tal motivación no puede ser aceptada, al igual que no es asumible la tesis, que si no ha accedido al mercado laboral es porque no ha querido. Es una deducción en contra del reo, que no tiene ningún apoyo probatorio, y quizás sea también atribuible a que se parte de la base de que el acusado es quien debería probar que estaba imposibilitado para atender las obligaciones económicas impuestas en la resolución judicial. Pero no es así. No, por cuanto el delito de impago de pensiones es un delito de omisión, pero la carga de la prueba sigue recayendo sobre la acusación, de manera que es ésta la que viene obligada a demostrar que el acusado no pagó a pesar de que podía hacerlo o, lo que es lo mismo, que el impago es únicamente imputable a su renuencia a hacer frente a las obligaciones impuestas en la sentencia”.

la posibilidad de acudir a la vía civil para modificar la prestación y evitar así cualquier tipo de responsabilidad.

Considera LOURENZO COPELLO²⁵ que la carga de la prueba de la capacidad económica de acción corresponde siempre a la parte acusadora por tratarse de un elemento fundamentador de lo injusto pero matiza que 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 jurisprudencia también habla de prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia, como por ejemplo en la STC de 6 de mayo 2002, considerando que la aportación al proceso del convenio judicial oportuno constituiría el indicio sobre el que inferir de forma coherente, lógica y racional la solvencia del acusado, siempre que se hiciera constar así mismo la falta de voluntariedad de modificación de lo acordado judicialmente.²⁶

A modo de ejemplo cabe citar la SAP Pontevedra 309/2013, de 3 de diciembre, que considera que existe una vía interpretativa intermedia en la que admitida que la capacidad de pago constituye un elemento del tipo objetivo del delito de impago cuya prueba compete a la acusación, ello no impide que su concurrencia se acredite mediante prueba de indicios: “Consideramos que la capacidad económica ha de quedar acreditada como hecho de la acusación pero que la misma puede sustentarse como cualquier hecho punible en la prueba indiciaria siendo un importante indicio de esa capacidad, como el propio TS ha considerado, la previa resolución civil que establece la pensión permaneciendo en el tiempo sin que haya sido modificada en sus términos. Ahora bien, tal indicio, podría ser o no suficiente según las circunstancias del caso concreto y por ello adquiere también relevante significado la conducta del propio acusado”.²⁷

-Por otro lado los autores que, partiendo de la consideración de la incapacidad económica de pago como una causa de exención de pena (asociada a la justificación o a la inexigibilidad), considera que la carga de la prueba compete a la parte que alega la concurrencia de la circunstancia eximente en cuestión, es decir, al acusado. Es mayoritaria la jurisprudencia que sigue este criterio, argumentando que estamos ante un elemento impeditivo cuya prueba corresponde como tal a la

25 Véase, LOURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, pág 85

26 En opinión de PRATS CANUT, *Comentarios a la parte especial de derecho penal*, sólo cuando la acusación haya cumplido con su parte de la carga de la prueba, cual es, respecto a este elemento del delito, la acreditación de la solvencia del sujeto activo ya sea a través de la prueba directa o indiciaria pero en ningún caso por un mero hecho que sólo alcanza a demostrar la existencia de la obligación misma, podrá exigirse al acusado la acreditación de los hechos o circunstancias excepcionales que justifiquen el impago de las pensiones, pues entonces sí, nos encontraríamos ante la genérica obligación del acusado de demostrar los elementos configuradores de las circunstancias eximentes o atenuantes de su responsabilidad.

27 En este mismo sentido, STS de 13 de febrero de 2001

defensa o presumiendo la capacidad de pago del deudor al entender que la prueba de esta circunstancia corresponde a la vía civil.

En efecto, en numerosas resoluciones se alega que, habiéndose constatado en la sentencia civil la capacidad de pago del obligado al fijar la cuantía de la prestación y recogiendo la legislación extrapenal mecanismos adecuados para instar la modificación de la pensión impuesta, en aquellos supuestos en que el deudor-acusado no ha solicitado dicha modificación deberá cargar con la prueba de su insolvencia en vía penal, pudiendo acreditar la acusación la capacidad de pago del obligado mediante la aportación al proceso penal de la resolución en que se ha decretado su imposición.²⁸

En esta línea se muestra, por ejemplo, la SAP Alicante, 151/2005, de 18 de febrero considera que “ es evidente que debe recaer sobre el acusado la actuación para modificar, en su caso, el importe de la pensión fijada por el juez de familia o de primera instancia. (...) Una opción que le quedaría al obligado a prestar la obligación alimenticia es la de optar por instar una modificación de la cuantía establecida si entiende que sus circunstancias personales han variado de tal manera que el impiden hacer frente a la cuantía fijada en la sentencia. (...) El delito se consuma por el mero incumplimiento en la forma típica y las cuestiones sobre la posibilidad del cumplimiento o la situación de insolvencia o imposibilidad económica del sujeto activo deberán resolverse aplicando las reglas generales sobre la exención de responsabilidad o de culpabilidad, ya que será causa que haga inaplicable este precepto la prueba del acusado de la imposibilidad de pago, aunque corriendo a su cargo la carga de la prueba”.

De manera reciente, también siguió esta línea la SAP de Toledo 38/201, de 14 de mayo, resolviendo que “ (...) nuestra jurisprudencia menor ha venido remarcando que será precisamente el deudor y acusado por este tipo, el que deberá de acreditar que ello es así, tanto por dar seriedad a la obligación de pago que tiene impuesta, como también porque, además es quien mejor puede proporcionar los instrumentos probatorios adecuados al efecto. Ello será así también por cuanto que se ha de presumir que la resolución judicial que la ha impuesto tiene como presupuesto una prueba adecuada acreditativa de la capacidad del obligado a ello para hacer frente a esos pagos, teniendo siempre a su disposición la posibilidad de instar un incidente de modificación de esa obligación conforme al artículo 90 del Código Civil. Si esto es así, es lógico que al denunciado por esta

²⁸ En este sentido también: SAP Asturias 63/2005, de 21 de marzo; SAP Cuenca 24/2005, de 15 de marzo; SAP Valencia 37/2005, de 4 de febrero, fundamentan su argumentación en las reglas generales del proceso penal, de tal forma que a las acusaciones corresponde probar los elementos propios del tipo penal y a la defensa aquellos otros que excluirían su cumplimiento.

conducta se le imponga la oportuna carga de acreditar su falta de medios económicos que el exoneraría de responsabilidad penal, jugando mientras tanto la presunción de que puede abonar esa pensión.”

3.2.4 La voluntad del impago: el dolo

El delito de impago de pensiones es un delito de comisión dolosa, no contemplando el Código Penal la modalidad de delito imprudente de impago de pensiones.

Que el delito sea de comisión dolosa exige el conocimiento de la situación generadora del deber y de la capacidad económica para hacerle frente. Es esencial que el obligado tenga conocimiento de la resolución judicial y de la cuantía exacta de las prestaciones que ha de abonar, es decir, que exista una voluntad de no querer pagar.

La SAP de Las Palmas 233/2012 de 19 de octubre indica que el dolo viene referido al conocimiento de la resolución judicial que impone la prestación económica y a la voluntad de no cumplirla, dejando libremente de pagar aquello a lo que se está obligado.

En la misma línea se pronuncia la SAP Barcelona 689/2012 de 30 de junio “el tipo penal exige la voluntad de incumplir la obligación, voluntad que queda demostrada por el conocimiento de la obligación y por su impago, lo que supone una actuación maliciosa e injustificada del obligado al pago”.

La prueba de ese conocimiento de la resolución judicial es muy sencilla si existe un requerimiento de pago al sujeto activo por vía judicial. Pero ello no resulta necesario por no exigir el tipo penal para su consumación el requerimiento de pago. Por lo tanto, en los casos en los que no exista ese previo requerimiento no significará la ausencia de dolo pudiéndose probar por cualquier otro medio.

Existe una parte de la jurisprudencia que suele incluir el estudio sobre la capacidad económica del acusado en el apartado relativo al elemento subjetivo del delito²⁹, de tal forma que si hay imposibilidad de satisfacer la prestación se excluye la voluntariedad de la conducta típica, con la consecuente ausencia de culpabilidad, aunque en algunas sentencias se habla de inexigibilidad de

²⁹ En opinión de LOURENZO COPELLO, el hecho de que los tribunales no concedan relevancia a la capacidad económica para hacer frente al pago en el plano objetivo y lo releguen al plano subjetivo, como indicador del contenido de la voluntad del obligado al pago, supone que la jurisprudencia desconoce uno de los presupuestos objetivos básicos de cualquier delito de omisión (la capacidad de acción) y lo reconduce falsamente hacia un plano subjetivo que por esta vía resulta recargado con un componente de intencionalidad que el tipo penal no exige.

una conducta distinta. Otras hablan de estado de necesidad y de ausencia de antijuridicidad.

La STS de 3 de abril de 2001 a la hora de establecer los requisitos de este delito dispone, en cuanto al elemento subjetivo, lo siguiente: “ Un elemento subjetivo configurado por el conocimiento de la resolución judicial y la voluntad de incumplir la obligación de prestación que aquella impone. En este requisito se integra también la posibilidad del sujeto de atender la obligación impuesta, toda vez que cuando el agente se encuentra en una situación de imposibilidad constatada de satisfacer la prestación, esta situación objetiva excluye la voluntariedad de la conducta típica y la consecuente ausencia de la culpabilidad por estar ausente el elemento de la antijuridicidad, que vendría jurídicamente fundamentado en una situación objetiva de estado de necesidad o, más concretamente, en la concurrencia de una causa de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada por el sujeto.”

3.2.5 ¿Se trata de un delito permanente o de un delito continuado?

Actualmente la jurisprudencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales atribuye al delito de impago de pensiones el carácter de delito permanente, es decir, el delito se consuma cuando no se paguen dos pensiones mensuales consecutivas o cuatro no consecutivas, pero sus efectos penales se mantienen mientras duren los impagos, de forma que la consumación se mantiene en el tiempo y cesa con la reanudación del pago o el enjuiciamiento de las omisiones que constituyen un único delito.

La SAP Murcia 20/2013, de 29 de enero resuelve que “ es pacífica la consideración del tipo del Artículo 227 CP como delito de tracto sucesivo y de ejecución permanente, respecto del cual no cabe el delito continuado, según el cual, de cometerse otro, debería ser objeto de nueva acusación y de otro juicio. (...) Para la comisión del delito basta con la omisión durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos. Ello no quiere decir que exista un nuevo delito o un delito continuado con cada periodo, mientras no sea juzgado. De hecho, el delito continúa cometiéndose mientras no se ponga término a la situación antijurídica y se reanude el regular pago o sobrevengan circunstancias que determinen la desaparición de alguno de los elementos objetivos o subjetivos.”

También comparte esta criterio la SAP Granada 468/2010 , de 25 de junio considerando al delito como permanente cuando “la conducta típica se prolonga más allá de la fase inicial de consumación mediante la reiteración de los impagos más allá de los dos meses consecutivos o cuatro no

consecutivos exigidos por el tipo, de forma que si se denuncia un delito permanente ya perfecto, en el que la consumación se mantiene por la voluntad del sujeto activo, tal situación se puede prolongar durante la instrucción de la causa sin que sea exigible al ofendido formular periódicamente denuncias, antes del enjuiciamiento de los hechos denunciados inicialmente, para su acumulación en un solo proceso.”³⁰

La SAP Pontevedra 151/2013, de 30 de mayo sobre un recurso planteado en el que el apelante considera que en la denuncia previa no se comprenden las cantidades que se reclaman en el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal, respondiendo el Tribunal que “ cada impago posterior no requiere una ampliación de denuncia para mantener el requisito de perseguibilidad, lo que no se comparte atendida la naturaleza de este delito, de carácter permanente y por tanto cumulativo, conforme a la jurisprudencia del TS; así considerada también por la Consulta 1/2007 de la Fiscalía General del estado, además de por una mayoría de las Audiencias Provinciales y ello precisamente en beneficio del reo”.

En contra de esta postura, considerando el delito de impago de pensiones de carácter continuado, se encuentra la SAP 31/2000, de 25 de enero para quien “ si el impago se extiende por encima de ese tiempo, se continúa infringiendo tal deber y se produce una continuidad delictiva, conforme al artículo 74.1 del Código Penal en cuanto que se prolonga la situación antijurídica creada y justifica su mayor punición”.

Autores como LOURENZO COPELLO caracteriza el delito de impago de pensiones como un delito de carácter continuado y ello porque, al no perfeccionarse el delito hasta el segundo o cuarto incumplimiento, considera que falta el momento consumativo inicial característico del delito permanente. Además, producida la consumación por el transcurso de los plazos el delito deja de realizarse, por lo cual, si perdurase en el tiempo el impago, comenzaría a computarse una nueva omisión típica, pudiendo constituir un nuevo delito si alcanza los plazos legales establecidos en el precepto.³¹

30 Comparten la opinión de la naturaleza de delito permanente otras Audiencias en sus sentencias, como son: SAP Tarragona 428/2005, de 2 de mayo; SAP Madrid 137/2000, de 8 de marzo; SAP Alicante 214/2000 de 27 de marzo.

31 Véase LOURENZO COPELLO, *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, pág 73-74

3.2.6 Delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento

La delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento es una cuestión controvertida. La consumación inicial del delito se produce, sin duda, una vez que se cumple el periodo establecido en el Artículo 227 del Código Penal, es decir, dos meses consecutivos de impago o cuatro meses no consecutivos.

El problema está en determinar, una vez constatada esa consumación inicial, hasta cuándo dura la permanencia del delito. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre esta cuestión y las Audiencias Provinciales son discrepantes, existiendo criterios dispares:

-Algunas entienden que quedarán fuera del proceso todas las mensualidades posteriores a la denuncia o querrela inicial, salvo que sean objeto de nueva denuncia o querrela.

-Otras fijan el límite en el momento de la declaración como imputado.

-Otras lo fijan en el escrito de conclusiones provisionales de la acusación: Este criterio lo sigue por ejemplo la SAP Pontevedra 151/2013, de 30 de mayo: “ (...) Dicha denuncia cumple con el requisito para el inicio del ejercicio de la acción penal y da cobertura a todo el procedimiento, dentro del cual cabe la inclusión fáctica de posteriores mensualidades impagadas, hasta en principio- por exigencias del derecho de defensa- el escrito de conclusiones provisionales que efectúe/en la acusación o acusaciones. El delito de abandono de familia puede calificarse como un delito de tracto sucesivo (...) y dada esta naturaleza del delito, no es preciso que la declaración del imputado vaya ampliándose sucesivamente por cada mensualidad impagada pendiente el proceso, hasta el escrito de conclusiones provisionales. El hecho tiene un identidad sustancial, por lo que a lo largo del procedimiento nada limita sus posibilidades de defensa tanto respecto a las mensualidades comprendidas en la denuncia como a las que vencidas, vayan resultado posteriormente también impagadas”.

-Otro criterio de delimitación es extenderlo hasta el momento del juicio. Este criterio lo sigue la SAP Asturias, Sección 8ª, de 12 de enero de 2011, negando que , la delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento hasta la fecha del escrito de conclusiones definitivas, suponga indefensión o vulneración del principio acusatorio.

También sigue este criterio la SAP Madrid, Sección 7ª, de 27 de febrero de 2012 que concluye que “ tal y como ha venido manifestando esta audiencia en cuanto a la delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del Artículo 227 del Código Penal, la acusación podría extenderse en principio a hechos ocurridos hasta la fecha de celebración del juicio oral”.

- Incluso hay Audiencias que delimitan el periodo objeto de enjuiciamiento hasta la fecha de sentencia firme e incluso lo amplia hasta la ejecución. Por ejemplo, sigue este criterio la SAP Vizcaya de 28 de junio de 2002 : “ En conclusión no es cierto que la denuncia marque el momento hasta el que puede determinarse la deuda civil exigible en el proceso por delito de impago de pensiones, en que el condenado es reo de una pena y a la vez deudor pecuniario, y nada excluye legalmente que pueda, secundándose el fin del artículo 227.3 del Código Penal, determinarse hasta la sentencia firme de condena, o incluso petición ejecutiva posterior a la misma.”

El criterio jurisprudencial es tan “disperso y diverso” que la Fiscalía General del Estado ha emitido la Consulta 1/20047, sobre la delimitación del periodo objeto de enjuiciamiento en la que indica que ante tal disparidad de criterios judiciales, y estando el delito que nos ocupa excluido- en principio- del recurso de casación cobra especial transcendencia la contribución del Ministerio Fiscal en aras a la unificación real de la interpretación y aplicación del Derecho.

Esta consulta entiende que el ámbito temporal de este delito comprenderá, como regla general, el periodo que abarca desde el primer incumplimiento hasta la fecha del juicio oral, constituyendo el objeto de cada proceso concreto, los reiterados incumplimientos constatados hasta dicho momento procesal.

Por este motivo, como expone la Consulta 1/2007, en fase de conclusiones provisionales, el escrito de acusación comprenderá los impagos que constituyen el periodo mínimo tipificado, los cuales han de corresponder a impagos anteriores a la declaración que ineludiblemente se ha de recibir al imputado en dicha fase. Se incluirán en el escrito de acusación los impagos producidos hasta la fecha del auto previo del Artículo 779.1.4ª del la LECrim, siempre que en dicho momento se deduzca debidamente actuación dolosa del imputado respecto de los mismos. Pero, además, el escrito de calificación definitiva podrá incluir nuevos impagos producidos hasta la celebración del juicio oral, en los casos en que en la fecha del acto de celebración del juicio oral el acusado reconozca el impago voluntario de nuevos vencimientos posteriores a la fecha del escrito de acusación provisional, o bien cuando tales incumplimientos se deduzcan de la prueba practicada en

dicho acto, con respeto al derecho de defensa.

3.2.7. La responsabilidad civil derivada del delito

Establece el Artículo 227.3 que *“La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.”*³²

El problema surge a la hora de establecer el ámbito temporal hasta donde alcanza la responsabilidad civil susceptible de ser reclamada y ejecutada en el proceso penal. Existen diferentes posturas jurisprudenciales tales como:

-La postura que considera que la responsabilidad civil se determina al momento de la denuncia o querrela. Esta postura la sigue la SAP de Barcelona 928/1998, de 11 de noviembre: “el mandato contenido en el artículo 227 in fine del Código Penal conforme al cual el resarcimiento civil debe abarcar las cantidades adeudadas solo puede ser -entendido en el sentido de cantidades debidas- hasta el momento en que, por denuncia o querrela, se dirige el procedimiento judicial contra el presunto autor del delito, que deviene imputado desde aquel momento imputado. Hacerlo en sentido contrario comportaría no solo la vulneración del derecho de defensa que implica conocer ab initio el contenido y alcance de la imputación criminógena sino de principios esenciales del proceso en cuanto que si bien, en el marco del Procedimiento Abreviado; es posible introducir hasta que se dicta el auto mandando proseguir las diligencias por dicho trámite procedimental, personas o hechos no señalados en los escritos de denuncia o querrela, dichos hechos deben ser constitutivos de delitos distintos pero nunca responsabilidades civiles sobrevenidas al hecho delictivo en su día denunciado al derivar aquella, ex delicto concreto.”

-La postura que considera que la responsabilidad civil se determina en la fecha del auto de transformación de diligencias previas a procedimiento abreviado. Esta es la postura que sigue la SAP de Madrid 119/2000, de 24 de marzo: “Debe aclararse que no es factible computar el periodo de impago hasta el momento de la sentencia, sino que debe limitarse hasta el auto de incoación de procedimiento abreviado (Febrero de 1998), que es el momento en que por el Juzgado se concreta una imputación contra el acusado.”

32 Con este precepto se zanja la polémica que existía en la jurisprudencia y la doctrina por la redacción del anterior Código Penal.

-Otro sector de la jurisprudencia se inclina por determinar la responsabilidad civil al momento de presentar el escrito de acusación formulando las conclusiones provisionales. Se decanta por esta postura la SAP de Sevilla 220/2006, de 4 de abril : “entender otra cosa supondría causar una indefensión al inculpado en tanto en cuanto al mismo se le vetaría de la posibilidad de articular en el acto del plenario los medios de defensa que estimase pertinentes para acreditar si tras la concreción por la acusación/es de los hechos objeto de inculpación, el mismo había abonado o no las posteriores pensiones devengadas y judicialmente establecidas en una resolución judicial, por ello y siendo así que la determinación y concreción del objeto del proceso viene procesalmente fijada en el escrito de acusación, en la calificación provisional, al contenido del mismo, - hechos imputados, presuntamente cometidos por persona determinada y responsabilidad civil derivada de los mismos-, deben ceñirse el enjuiciamiento y fallo y no abarcar la indemnización más allá de los concretos meses de impago que se contienen en tales hechos objeto de acusación , para así no infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24 de la Constitución, en su vertiente de no causar efectiva y material indefensión al acusado”.

- Otra línea es la que entiende que la responsabilidad civil se determina en la fecha del auto de apertura del juicio oral. Es el caso de la SAP Murcia 133/2010, de 7 de junio: “Como la fecha a que se atiende debe respetar las garantías constitucionales y procesales de todos los intervinientes en el proceso, desde nuestro punto de vista y atendiendo al punto de encuentro de todos los intereses en juego, consideramos que debería atender a la fecha de la declaración en concepto de imputado. Sin embargo, dado que con frecuencia no se tramitan los procesos penales con la celeridad deseada y a veces transcurre un largo periodo de tiempo entre tal declaración y el enjuiciamiento, entendemos que es correcta la cada vez más extendida idea en las Audiencias Provinciales de atender al momento de la apertura del juicio oral, como momento en que se fijan los hechos que van a ser objeto del proceso”.

-La postura que entiende que la responsabilidad civil se determina al momento de elevar a definitivas las conclusiones provisionales, es decir, en el momento del juicio oral. Este es el criterio que sigue la SAP Murcia de 19 de enero de 2011: “En aras al mantenimiento de una uniformidad de criterio que facilite las futuras decisiones de la Sala, entiende que la más razonable es la que la fija en la fecha del juicio oral, y sin que ello suponga desmerecer la razonabilidad de las decisiones que puedan sostener otros criterios.(...) Aunque la Sala considera que acoger el criterio de la fecha del juicio oral presenta un nivel de certidumbre superior, además de conjugarlo y hacerlo coincidir con la eventual aplicación de la atenuante de reparación del daño, y evitar una sucesiva presentación de

denuncias o querellas de adoptarse un criterio temporal anterior, lo que garantizaría una efectiva defensa penal, conciliando los intereses tanto de las personas beneficiarias de la pretensión como de la persona acusada y de la propia Administración de Justicia”.

-Otra postura es la que determina la responsabilidad civil en base al momento de dictar sentencia. Este criterio es el que sigue la SAP de Sevilla 149/2003 de 24 de marzo: “los efectos de la responsabilidad civil sui generis expresamente establecida en el artículo 227.3 del Código Penal, nada impide, también en principio, que, tratándose de una obligación de tracto sucesivo y devengo periódico, la pretensión de pago se extienda a las mensualidades devengadas y no pagadas hasta el día de la sentencia. No debe olvidarse que no estamos ante una auténtica responsabilidad civil ex delicto, sino ante una obligación previa, permanente y autónoma, cuyo pago forzoso se ha incluido por voluntad legislativa expresa en la vía penal; de suerte que para su determinación temporal no es preciso establecer una correspondencia biunívoca con el período en que tiene lugar el hecho omisivo típico, precisamente porque la obligación de pago no surge de él, como sucedería si de una auténtica responsabilidad delictual se tratase.”

- Una última postura determina la responsabilidad civil al momento del efectivo pago en la ejecución. Es el criterio que siguió la SAP de Santa Cruz de Tenerife 1140/1999: “ lo mismo que todas las que se deban hasta el momento de ejecución de la Sentencia, pues en modo alguno puede limitarse su ámbito a la fecha en que se formuló la acusación, ya que tratándose de una cuestión homogénea a la que se denunció, en modo alguno puede entenderse que su modificación al elevar a definitivas las conclusiones provisionales, haya causado indefensión al acusado.”

En el caso práctico, el Ministerio Fiscal en fase de ejecución pretendió limitar la responsabilidad civil derivada del delito hasta la fecha de juicio, siguiendo el criterio establecido en la Consulta 1/2007 del Fiscal General del Estado

En esta consulta se establece que aceptada la naturaleza del delito de abandono de familia por impago de pensiones como delito permanente de omisión propia, la consecuencia es que se prolonga la responsabilidad penal y civil desde su consumación inicial hasta el momento mismo del enjuiciamiento, sin perjuicio de que , con carácter provisional, se incluyan en el escrito de acusación en concepto de responsabilidad civil el importe adeudado correspondiente a los periodos impagados hasta la conclusión de la fase de instrucción, y, posteriormente, en el escrito de calificación definitiva, se incluyan las cantidades correspondientes al resultado de la prueba practicada con

carácter contradictorio en el acto del juicio oral.

En cambio el juez, ante la disconformidad de la defensa en la cantidad de la responsabilidad civil, resuelve disminuyéndola, y teniendo en cuenta para delimitarla la fecha del auto de apertura del juicio oral.

3.2.8. La reincidencia

La reincidencia viene regulada en el Código Penal en el Artículo 22.8, siendo una circunstancia agravante de la responsabilidad penal. *“Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.*

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.”

En el caso práctico, se condena por delito de impago de pensiones y se considera que concurre esta agravante de reincidencia debido a que el 16 de diciembre de 2008 fue condenado por otro delito de impago de pensiones y no constando este antecedente cancelado.

3.2.9. La falta de impago de pensiones

La Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, introdujo la falta de impago de pensiones disponiendo en su exposición de motivos que : *“d) Los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos se mantienen y se incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico.”* Esta falta es la contemplada en el Artículo 618.2 CP.

El criterio jurisprudencial es discrepante si los impagos producidos no dan lugar a los plazos mínimos exigidos en el Artículo 227.1 CP para ser delito. La Consulta 1/2007 de la Fiscalía General del Estado indica que los incumplimientos darían lugar a la configuración típica de una falta del Artículo 618.2 CP para el caso de que no se cumplieren los plazos mínimos.

En este sentido resuelve la SAP de Albacete 153/2007, de 9 de noviembre, considerando correcta la figura penal de dicho artículo por los incumplimientos o retrasos en el pago de la pensión alimenticia con respecto a las fechas establecidas en la resolución judicial.

En cambio la SAP de Cádiz 76/2012, de 14 de junio concluye que no está claro, sin embargo, que dicho precepto pueda aplicarse a situaciones de impago de pensiones que no lleguen a los límites del delito de abandono de familia previsto en el Artículo 227 CP, ya que dicha norma no está pensada para sancionar cualquier incumplimiento del tenor literal de la correspondiente resolución judicial o convenio regulador.³³

4. LAS APARENTES INSOLVENCIAS: El alzamiento de bienes.

Existen diferentes tipos de insolvencias punibles regulados Libro II, Título XIII, Capítulo VII, bajo el título “De las insolvencias punibles”. Los delitos de alzamiento de bienes son los contemplados en los Artículos 257 y 258.

En este epígrafe, por ser de interés en el caso práctico analizado, me centraré en el Artículo 258, es decir, en el delito de alzamiento para eludir la responsabilidad civil “ex delicto”: *“El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.”*

En el caso práctico se condena al acusado por un delito de impago de pensiones y ello porque quedan acreditados todos los elementos que hacen que el delito se consuma: una resolución judicial firme en la que se establece la obligación de abonar una prestación económica en favor de sus hijos; la conducta omisiva del obligado consistente en el impago reiterado de la pensión; y la existencia de dolo en el incumplimiento quedando acreditado que poseía capacidad económica para hacer frente a

³³ En este sentido también se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº498/2011 de 17 de octubre, considerando que el artículo 227.1 CP es el único precepto aplicable a quien voluntariamente deja de pagar la pensión alimenticia sin que el Artículo 618.2 CP contenga un tipo residual para los supuestos en que el impago no se extienda a dos meses consecutivos o a cuatro alternos.

la pensión.

El juez ,en el auto de apertura del juicio oral, con el fin de asegurar la posible responsabilidad civil derivada del delito, impone al acusado que preste una fianza de 31.500€, decretándose el embargo de sus bienes si no se presta dicha fianza. Y aquí surge el problema porque ni presta fianza ni se le encuentran bienes para asegurar la posible responsabilidad civil.

“Debido a que el acusado no prestó la citada fianza, y a que no señaló bienes con los que hacer frente a la responsabilidad civil, el juez ordenó investigar y embargar los bienes pertenencia del acusado, y para ello acordó varios oficios. Fruto de ellos se encontró una cuenta corriente titularidad del acusado con un saldo de 1.214,45€ en la que se le venían ingresando el subsidio de desempleo, subsidio que cobro desde marzo se 2011 a abril de 2012.

A través del Punto Neutro Judicial se averiguó que el único bien que poseía era una finca rústica, que vendió a su hermana mediante escritura notarial en abril de 2012 por valor de 5.346,8€ , no constando en su cuenta corriente ningún ingreso del valor de dicha venta.”

Esta última actuación del acusado podría pensarse que constituye un delito de alzamiento de bienes para eludir el pago de la responsabilidad civil “ex delicto”³⁴ y ello porque podría encajar en la conducta típica propia de este delito. Como expone SOUTO GARCÍA, la conducta típica se efectúa con anterioridad a la determinación de la responsabilidad civil, supeditándose la aplicación del tipo a dicho momento. En consecuencia, el procedimiento penal por alzamiento de bienes no puede iniciarse hasta que no se conozca el contenido de la sentencia por el hecho delictivo generador de la responsabilidad civil “ex delicto”.³⁵

La STS de 9 de junio de 1999 se refiere a esta modalidad de alzamiento de bienes, estableciendo que “La modalidad específica de alzamiento de bienes orientada a eludir la responsabilidad civil “ex delicto” tipificada por el legislador en el nuevo artículo 258 del Código Penal, responde inicialmente a superar la polémica acerca de la subsunción típica en la modalidad básica de delito de alzamiento

34 SAP Álava 188/2010, de 20 de mayo: Condena por alzamiento de bienes del Artículo 258 a una mujer que vendió a su hermana su único bien para mostrarse insolvente frente a quien le estaba reclamando la responsabilidad civil en la primera causa penal : “La forma de proceder de presente la acusada, con el único bien que en el procedimiento se ha constatado que poseía, revela su propósito directo de mostrarse insolvente frente a quien le estaba reclamando la responsabilidad civil en la causa penal a que se ha hecho mención anteriormente. El hecho que ha sido objeto de la condena actual, se produjo por tanto para aludir las responsabilidades civiles que se derivaban del primero de los procesos, y el artículo 258 del CP ,. se refiere precisamente a los actos de disposición que hacen disminuir el patrimonio con el fin de eludir las responsabilidades civiles que dimanen del procedimiento anterior.”

35 Véase, *Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995*, pág 399.

de bienes de aquellos supuestos en que el autor de un hecho delictivo se situaba en situación de insolvencia con anterioridad a que se dictase sentencia condenatoria. Por lo demás nos encontramos ante una concreción o especificación del tipo básico sancionada con la misma pena, y que requiere la concurrencia de los elementos objetivos integradores del tipo delictivo:

1. El acusado es responsable de un hecho delictivo, e incluso ha sido condenado por sentencia firme.
2. Con posterioridad a su comisión, inmediatamente después de la sentencia condenatoria, ha realizado los actos de disposición.
3. Con dicho acto de disposición, se hizo totalmente insolvente, al menos de forma aparente, quedando absolutamente desatendidas las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo”.

Explica de forma clara VIVES ANTÓN³⁶ la secuencia de este tipo específico de alzamiento de bienes, describiéndola de la siguiente manera: comisión de una infracción penal susceptible de general responsabilidad civil, que podemos denominar delito de referencia; a continuación, llevar a cabo actos de disposición que disminuyan el patrimonio, causando la insolvencia, lo que constituye ya la consumación de este segundo delito; tercero, posibilidad de apertura de proceso penal por alzamiento, que deberá interrumpirse hasta que se pronuncie sentencia condenatoria por el delito de referencia; cuarto, sentencia condenatoria por el primer delito que fije la responsabilidad civil; y, quinto, reanudación del proceso por alzamiento específico.

El problema que surge en el caso práctico ante la posibilidad de condenar por este delito es que entre el sujeto activo y el sujeto pasivo hay una relación de parentesco. La excusa absolutoria del Artículo 268 hace imposible aplicar el precepto de alzamiento de bienes ya que opera con plena eficacia entre los ascendientes y descendientes. Por lo tanto, en palabras de BERNAL DEL CASTILLO, dada la configuración de la excusa absolutoria, y estando presentes el resto de los elementos de alzamiento de bienes, podrá calificarse como tal el incumplimiento de las prestaciones debidas al cónyuge separado, divorciado o tras la declaración de nulidad del matrimonio, pero no cuando son los hijos los beneficiarios de las prestaciones incumplidas.

36 Véase “*Los delitos de alzamiento de bienes*”, pág 123

4.1 Posibilidad de existencia de concurso entre el delito de impago de pensiones y el delito de alzamiento de bienes del Artículo 257.

Existen en la actualidad numerosas sentencias que condenan, además de por un delito de impago de pensiones, por alguno de los delitos de alzamiento de bienes del artículo 257 del Código Penal.

El artículo 257 del Código Penal dispone: *“1.Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

- 1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*
- .2.º Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.”

El delito de impago de pensiones entre en conexión con el delito de alzamiento de bienes de bienes cuando el sujeto activo provoca su insolvencia con la intención de evitar el pago de las prestaciones económicas a su cónyuge o descendientes. La discrepancia surge al determinar qué tipo de concurso de delitos existe:

- Unos autores consideran que existiría un concurso medial por ser el alzamiento de los bienes medio para el impago de la pensión por estar en situación de insolvencia. Por esta postura se decanta SOUTO GARCÍA, exponiendo que el delito de alzamiento de bienes se consuma con anterioridad al momento del perfeccionamiento del delito, es decir, antes de los dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, la deuda ya deviene exigible y por tanto el delito de alzamiento de bienes se habrá consumado.
- Otros autores consideran que existiría un concurso ideal de delitos. Por esta postura de decanta MUÑOZ CONDE.

La SAP Valencia 29/2004, de 4 de febrero, confirma la condena por impago de pensiones y revoca la absolución respecto al delito de alzamiento de bienes, condenándole como autor de dos delitos de insolvencia punible y ello porque considera que “ la mera relación de los hechos narrados en la querrela (y posteriormente acreditados documentalmente), con la proximidad temporal entre las órdenes de retención de haberes del acusado y la solicitud por éste de las excedencias voluntarias que nos ocupan, es indicativo de que la verdadera causa de éstas es frustrar tales retenciones o embargos, y en definitiva impedir el cobro por la acreedora acusadora particular”.

También condena por ambos delitos la STS, Sala Segunda, de lo Penal, 1350/2002, de 8 de julio considerando que : “ la ex-esposa y los hijos del acusado tenían frente a éste, cuando renunció expresamente a su puesto de trabajo e implícitamente a la prestación de desempleo, unos créditos vencidos, líquidos y exigibles puesto que, por lo menos se les debían casi todas las mensualidades de las pensiones correspondientes al año 1996. (...) La actuación del acusado reprodujo todos y cada uno de los elementos que integran el delito básico de alzamiento de bienes y la modalidad específica del mismo que le ha sido aplicada en la Sentencia recurrida: sobre el presupuesto de unos créditos preexistentes, vencido, líquidos y exigibles, se desarrollaron unos actos encaminados a neutralizar la eventual iniciativa de los acreedores para asegurar, mediante un embargo, el cobro de sus créditos y se logró así una situación de insolvencia.”

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, considero que el legislador lo que pretende con la tipificación del delito de impago de pensiones es darle importancia a una institución tan básica como imprescindible, como es la familia. Y sobre todo pretende proteger de una forma contundente a los menores de edad que ante la pasividad del progenitor obligado al pago de una prestación económica para su mantenimiento, pueden llegar a estar desamparados y el progenitor custodio carecer de medios para su manutención.

Esto se observa en la evolución de la tipificación de este delito, cuyo precedente más cercano, antes de la reforma de 1995, era el antiguo artículo 487 bis en el que los impagos que debían realizarse para que se entendiese realizada la conducta típica, eran de tres meses no consecutivos o seis meses no consecutivos. El legislador con la reforma lo rebajó a dos meses no consecutivos o cuatro meses

no consecutivos acentuando la protección a los beneficiarios de estas prestaciones para poder perseguir la conducta delictiva antes.

Además con la reforma se introdujo la aplicación del delito a los supuestos de impago de prestaciones establecidas en un proceso de filiación o de alimentos a favor de los hijos ampliando así el ámbito de los sujetos pasivos del delito a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

Por otra parte, tras analizar la relación que existe entre el delito de impago de pensiones y el delito de alzamiento de bienes considero que la excusa absolutoria no debería tener cabida en los supuestos de incumplimiento de obligaciones familiares y ello porque entiendo que tiene la misma importancia realizar actos de disposición para evitar el pago de una prestación económica de la que es beneficiario un descendiente, que para evitar el pago de una de la que sea beneficiario un ex-cónyuge y que, por tanto, debería poder perseguirse y castigarse de igual forma.

Si ante un impago de una pensión de alimentos y ante una insolvencia punible realizada por el progenitor con el fin de evitar el pago de la prestación o la responsabilidad civil derivada de ese delito, el sujeto pasivo es un hijo mayor de edad (y por lo tanto el legitimado), no podrá ser castigado por alzamiento de bienes porque la causa de exclusión de la pena desplegaría todos sus efectos.

En cambio, si ante el impago de una pensión compensatoria y ante la misma conducta de alzamiento tendente a evitar el pago de la prestación o la responsabilidad civil derivada de ese delito, el sujeto pasivo es el ex-cónyuge, no se aplicaría la excusa absolutoria, y por lo tanto podría perseguirse la conducta delictiva de alzamiento de bienes.

BIBLIOGRAFÍA

➤ LIBROS

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, “*El derecho de familia: novedades en dos perspectivas*”, Ed: Dykinson, SL. Madrid, 2010.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. “*El delito de impago de pensiones*”. Ed: J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- CABALLERO BRUN, F. “*Las insolvencias punibles*” Ed: Iustel, 2008.
- DE VEGA RUIZ, JA. “*La prisión por deudas conyugales*”. Ed: Colex. Madrid, 1991.
- GONZALEZ CUSSAC, JL; VIVES ANTÓN, T. “*Los delitos de alzamiento de bienes*”. Ed: Tirant lo blanch “colección de delitos”. Valencia, 2008.
- LOURENZO COPELLO, P. “*Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*”. Ed: Tirant lo blanch “colección de delitos”. Valencia, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F. “*El delito de alzamiento de bienes*”. Ed: Bosch, 1999
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A. “*El delito de alzamiento de bienes: sus aspectos civiles*”. Ed: Colex. Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G. (director). “*Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*”. Ed: Thomson Aranzadi. Cruz Menor, 2005.
- ROCA AGAPITO, L. “*Derecho Penal Español, Parte Especial (I)*”. Ed: Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011
- SOUTO GARCÍA, Em^a. “*Los delitos de alzamiento de bienes en el Código Penal de 1995*”. Ed: Tirant lo blanch tratados. Valencia, 2009.

➤ REVISTAS JURÍDICAS

- ARICHE ASPE, P. J. “ Las insolvencias punibles: el delito de alzamiento de bienes”. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal n°3, 2002.*
- CHOCLON MONTALVO, J.A. “La prueba de la capacidad económica del acusado en el delito de impago de pensiones”. *La Ley. N°2, 1995.*
- FISCAL GENERAL DEL ESTADO. “Consulta 1/2007: sobre la delimitación del periodo objetivo de enjuiciamiento en el delito de impago de pensiones del Artículo 227 del Código Penal”. *CEF Legal, n°77, 2007.*
- SANZ MORÁN, C. “Algunas consideraciones relativas al delito de impago de pensiones”. *Boletín del Ministerio de Justicia, n°1964, 2004*
- SOTO RODRIGUEZ, M°. L. “El impago de pensiones como delito”. *Diario la Ley n°7874, 2012.*

➤ OTROS RECURSOS

- Buscador de jurisprudencia SEPIN
- Buscador de jurisprudencia Westlaw- Aranzadi
- Buscador de jurisprudencia CENDOJ
- Código Penal
- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Código Civil