

EL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES (ART. 227 CP) TRAS LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (SSTS NÚMS. 346/2020 DE 25 DE JUNIO; 348/2020 DE 25 DE JUNIO; Y 557/2020 DE 29 DE OCTUBRE). COMENTARIO A LA STS NÚM. 348/2020 DE 25 DE JUNIO.

*THE CRIME OF NON-PAYMENT OF PENSIONS (ART. 227 CP) AFTER THE LAST JURISPRUDENCE OF THE SPANISH SUPREME COURT (SSTS NO. 346/2020 OF JUNE 25; 348/2020 OF JUNE 25; AND 557/2020 OF OCTOBER 29). COMMENT TO STS NUM. 348/2020 OF JUNE 25.*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 650-661*



Luis DE LAS  
HERAS VIVES

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 6 de noviembre de 2020

**ARTÍCULO APROBADO:** 13 de noviembre de 2020

**RESUMEN:** Estudio del art. 227 CP en clave jurisprudencial.

**PALABRAS CLAVE:** Delito de impago de pensiones, cuota hipotecaria, requisitos del delito.

**ABSTRACT:** *Jurisprudential study of art. 227 CP.*

**KEY WORDS:** *Crime of non-payment of pensions, mortgage payment, crime requirements.*

**SUMARIO.- I. CONDUCTA TÍPICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUOTA HIPOTECARIA COMO PRESTACIÓN TÍPICAMENTE IDÓNEA.- II. SUJETO ACTIVO Y PASIVO.- III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO RECLAMABLE: LA SOLUCIÓN DADA POR LA STS 25 JUNIO 2020.- IV. LA CONDICIÓN OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD TRAS LA STS 29 OCTUBRE 2020.**

---

## SUPUESTO DE HECHO

El litigio tiene su origen en los siguientes hechos:

1. El acusado por Sentencia de divorcio de 16 mayo 2012 venía obligado a: i) pago de una prestación de pensión alimenticia a favor de sus dos hijos menores de edad con la cantidad de 700 euros mensuales por hijo; ii) pago de la mitad de la cuota hipotecaria que ascendía a 1.200 euros mensuales.

De esas cuantías el acusado desde el mes de septiembre de 2014 únicamente abonó un mes la cuantía de 300 euros y otro mes de 250 euros.

2. La Sentencia de divorcio de 16 de mayo de 2012, fue modificada el 23 de septiembre de 2016 en la que se redujo la pensión de alimentos a 500 euros por hijo.

3. El acusado durante todo ese tiempo ha tenido capacidad económica suficiente, e, incumplió parcialmente tal obligación, y desde julio de 2015 hasta el 23 de septiembre de 2016, tan sólo abonó la cantidad de 300 euros mensuales (150 euros por cada menor), sin haber satisfecho cantidad alguna de la mitad de la hipoteca.

4. El acusado ingresó 2.300 euros en el juzgado de instrucción el 5 de enero de 2017.

5. En primera instancia, el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid condenó por Sentencia de 27 julio 2018, al acusado como "autor penalmente responsable de UN DELITO DE ABANDONO DE FAMILIA del artículo 227.1 del Código Penal, anteriormente definido, con la concurrencia de la atenuante simple de reparación o disminución del daño causado del artículo 21.5 del Código Penal, a la pena

• **Luis de las Heras Vives**

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Director del Departamento Penal de Durán & Durán Abogados.

de TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena”.

Y en cuanto a la responsabilidad civil:

“- La cantidad que se determine en ejecución de sentencia, por la pensión de alimentos dejada de abonar desde julio de 2015, hasta la sentencia de Modificación de Medidas, de 23 de septiembre de 2016 (periodo en el que tan sólo abonaba 300€, en lugar de 1400 €). Dichas cantidades deberán ser incrementadas con el IPC.

- Las cuotas hipotecarias no abonadas por el acusado desde el mes de septiembre de 2014 hasta el dictado de la sentencia en el presente procedimiento, del que se detraerán 550 euros, que se han abonado el 8 de mayo de 2015 y el 1 de junio de 2015 según se reconoce en la querella (...).

Tanto las cuantías de pensión de alimentos como las cuotas hipotecarias se incrementarán con los intereses del artículo 576 de la LEC.

Todas estas cantidades deberán ser reducidas en 2.300 € por la cantidad consignada de la que deberá hacerse entrega a la perjudicada”.

6. En apelación y casación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

De conformidad con la sentencia objeto de comentario: “El artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a ‘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, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos’. Según el Diccionario de la Real Academia Española, prestación significa ‘cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto’ o, en su acepción jurídica ‘cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un contrato o de una obligación legal’.

Y, en consecuencia, “las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica en su sentido legal y gramatical, a cargo de ambos progenitores, con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Como tal integra el elemento del tipo exigido por el

artículo 227.I del Código Penal. Y en consecuencia, las cuantías adeudadas por este concepto integran el daño procedente del delito que ha de ser reparado conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto”.

## COMENTARIO

### I. CONDUCTA TÍPICA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CUOTA HIPOTECARIA COMO PRESTACIÓN TÍPICAMENTE IDÓNEA

El art. 227 CP contempla un delito de pura omisión cuya conducta típica objetiva consiste en:

1º) dejar de abonar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier prestación económica establecida judicialmente en favor del cónyuge o los hijos (art. 227.I CP); o 2º) el impago de cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos inmediatamente dichos (art. 227.2 CP)<sup>1</sup>.

Y por lo que respecta al tipo subjetivo se exige que dicha omisión sea dolosa, es decir, conocimiento de la obligación de pagar y voluntad de su impago, en consecuencia, en aquellos en los que no es posible objetivamente pagar no puede apreciarse esa voluntad incumplidora<sup>2</sup>.

A partir de esta tripartición lógica entorno a la que se estructura la conducta típica: 1º) situación objetiva típica (obligación al pago); 2º) omisión del cumplimiento de la obligación (impago); 3º) siendo posible su cumplimiento (dolo); podemos hacer las siguientes consideraciones:

Por lo que respecta al primer elemento de la estructura típica, se exige que la obligación al pago esté determinada en un convenio judicial aprobado o resolución judicial (autos y sentencias)<sup>3</sup>.

1 Los ejemplos habituales son las indemnizaciones de daños y perjuicios a favor del cónyuge de buena fe en casos de nulidad matrimonial (art. 98 CC); rentas vitalicias, usufructos de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero (art. 99 CC).

2 Vid., STS 21 noviembre 2011 (Tol 1213939).

3 Es importante destacar que un convenio establecido en escritura pública sin aprobación judicial no satisface el presupuesto típico conforme señala la STS 21 noviembre 2011 (Tol 1213939): “El debate en el caso que ahora juzgamos se centra por ello en determinar si reúne la condición típica la resolución judicial que despacha ejecución en virtud de la escritura pública por la que el acusado se obligaba, en pacto con la madre de sus hijos y con la que había mantenido relación de afectividad estable, a pagar alimentos a dichos hijos. No es difícil advertir una substancial diferencia entre tal tipo de resolución (despacho de ejecución) que se limita a valorar como título ejecutivo un acuerdo respecto del cual carece el Juzgador de toda facultad de control a efectos de homologación, y la resolución a que se refiere el tipo penal, caracterizada porque la Autoridad Judicial efectúa una valoración de las circunstancias concurrentes para decidir, con buena autonomía respecto a la voluntad de los sujetos obligado y acreedor de la prestación. De ahí que el tipo penal utilice el verbo establecer como contenido de la resolución judicial cuya inobservancia permite calificar de típica la conducta del incumplidor. Es obvio que no tiene igual significación antijurídica el incumplimiento de una obligación únicamente configurada por la voluntad de sujetos contratantes,

Asimismo, también es importante destacar que no necesariamente tiene que ser firme, sino exigible su cumplimiento<sup>4</sup>.

Respecto al segundo elemento imprescindible, como hemos dicho, el incumplimiento de la obligación de pago durante dos meses consecutivos, cuatro meses no consecutivos (art. 227.1 CP) o de pago único (art. 227.2 CP), debe puntualizarse que su exigibilidad sólo opera durante cinco años desde que es exigible ex art. 1966 CC.

En este sentido, la sentencia que propicia este comentario, esto es, la STS 25 junio 2020 (Tol 8001362), que ha considerado que las cuotas hipotecarias constituyen una prestación económica a cargo de ambos progenitores con independencia de su naturaleza como carga del matrimonio o como deuda de la sociedad de gananciales. Y, como tal, por tanto, integran el elemento del tipo que exige el art. 227.1 CP.

---

sin sometimiento a homologación judicial, que incumplir la obligación que, aunque responda a la misma función, se configura desde la imparcialidad del titular de la potestad jurisdiccional. En el caso presente, la prestación cuya insatisfacción se denuncia es meramente contractual y la ejecución se despacha por resolución jurisdiccional que atiende a los requisitos del título, pero no a los criterios con que la obligación se configura en el marco de los procesos a que la norma penal hace referencia”.

- 4 SAP Castellón 7 septiembre 2007 (Tol 7508482): “Si se consulta cualquier base o repertorio de jurisprudencia, numerosa casuística de sentencias de Audiencias aluden a la resolución firme que contenga la obligación económica, más parece que no en un sentido estrictamente procesal de agotamiento de los recursos posibles ni de irremovilidad de lo resuelto, sino de exigencia definitiva indubitada y exacta de la prestación impuesta judicialmente, pues igualmente se podrá comprobar el *factum* de numerosos precedentes que entre los cálculos de impagos incluyen los débitos de naturaleza provisional de las medidas y los devengados durante la tramitación del pleito matrimonial, sin entrar en más disquisiciones. Ciertamente es que el TS viene a recoger en la sentencia de fecha 3 de abril de 2001 entre los elementos constitutivos del tipo penal la existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial, más tal precedente se remonta a hechos acontecidos antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, cuyo art. 774.5 vino a disponer que: ‘los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta’. Aquel precedente del Alto Tribunal no tenía el óbice actual del art. 774.5 de la LEC. Por lo tanto, a nuestro juicio no es entendible que, si una obligación de condena impuesta en sentencia civil no está afectada por el efecto suspensivo de un recurso, es decir sea de obligado cumplimiento para el demandado, incluso sin necesidad de interesarlo como ejecución provisional la contraparte, o sea no sujeta a petición previa, el incumplimiento no genere o exponga la rebeldía que implica la detección de la antijuricidad que el tipo penal describe. No tiene el menor sentido otra conclusión, y menos a poco que se reflexione sobre la naturaleza asistencial y alimenticia de las obligaciones que se pretenden ver satisfechas, como impone su perentorio cumplimiento, tan acorde como su perentoria e inaplazable necesidad por quien debe recibirlas. Esa fue la idea del legislador al establecer la excepcionalidad ex art 774.5 de la LEC al efecto suspensivo natural de los recursos, para proteger de manera pronta y rápida a los necesitados Y a partir de ahí, nos resulta difícilmente defendible que alguien pueda sustraerse a la ofensiva penal que contra el incumplidor concede el legislador, precisamente para reforzar la posición de lo más débiles. El precepto ex art 227 parte de un requisito meridianamente claro, que las prestaciones económicas sean exigibles (para nada que tuvieren que ser, además, firmes), y no puede arbolarse aquí que las impuestas en la sentencia de separación el 30 de julio de 2004 no fueran de obligado cumplimiento para el Sr. Arturo. Lo eran, indiscutiblemente por prescripción legal. A partir de ahí, poco queda por decir.” Por parte de la jurisprudencia, ante el riesgo derivado de una excesiva aplicación formal del precepto, se ha llegado a apreciar alguna situación de hecho como exigente de esa obligación al pago. Así, por ejemplo, la SAP Madrid 3 abril 2006 (Tol 6386301) aborda la cuestión de la eficacia, en relación con este delito, que debe darse a la reconciliación de los cónyuges tras el dictado de una sentencia de separación, que no ha sido puesta en conocimiento del juzgado que conoció dicha separación, entendiéndose que “la reconciliación aun no comunicada al Juez civil deja sin efecto las medidas adoptadas en la sentencia de separación, quedando excluido el elemento objetivo del tipo del art. 227 C.P., pudiéndose señalar en esta línea junto a la sentencia citada en el sentencia recurrida (AP Castellón Sec. 2ª S 15-07-98), las SSAP Asturias Sec. 8ª, S 4-2-2005, núm. 27/2005 y 28-3-2003, núm. 65/2003”.

Sin embargo, debemos detenernos sobre esta cuestión con independencia de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo, pues, aunque este será el criterio fijado por éste, si que conviene analizar la cuestión más prolijamente a la vista de los argumentos esgrimidos.

Solicitaba la defensa, en lo que ahora nos interesa, que “el impago de la hipoteca no puede subsumirse en el delito de abandono de familia tipificado en el artículo 227.I del Código Penal ya que, a tenor de los artículos 1362 a 1374 y concordantes del Código Civil, la deuda hipotecaria es una carga de la sociedad de gananciales que ambos cónyuges decidieron de común acuerdo pagar por mitad”.

Y contra esta objeción esgrime el Alto Tribunal que: “Si acudimos a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la sentencia núm. 188/2011, de 28 marzo, sentó como doctrina, seguida después por otras sentencias (SSTS 29 de abril de 2011; 26 de noviembre 2012 y 30 de abril de 2013 de 30 de abril, entre otras), que “ (...) el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el art. 1362.2º del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 del Código Civil”. Señalando que: “el artículo 227 del Código Penal no efectúa distinción alguna entre pensión por alimentos y cuota hipotecaria, o entre deuda de la sociedad de gananciales y carga del matrimonio. Se refiere a ‘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, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos’”.

Una de las primerísimas voces críticas que surgieron a propósito de la Sentencia, la encontramos en el comentario de FRAGO AMADA a la misma al afirmar con claridad que: “la distribución de la cuota hipotecaria es cosa del procedimiento de disolución del régimen económico matrimonial (o al menos eso dice desde hace años la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que cita la Sala de lo Penal) y dicho procedimiento no está previsto en el art. 227 CP con lo que, por mucho que lo diga el Pleno del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, dicho tipo penal no abarca a ese supuesto. En el presente caso, el juzgado del divorcio incluyó erróneamente un pronunciamiento propio de la disolución del régimen económico matrimonial, llevando al error con posterioridad a la Sala de lo Penal”<sup>5</sup>.

5 FRAGO AMADA, J.A.: “Polémica sentencia sobre impago de pensiones (227 CP). El Tribunal Supremo incluye el impago de la hipoteca en el delito” en <https://enocasioneseveoreos.blogspot.com/2020/10/polemica-sentencia-sobre-impago-de.html>, 1 de octubre de 2020.

En definitiva, el planteamiento acogido por nuestro Tribunal Supremo es una extensión del tipo, pues las amortizaciones del crédito hipotecario no tienen las connotaciones de deberes asistenciales de sustento y, por tanto, su impago debe tener efectos sobre la liquidación de la sociedad de gananciales. Esto es de una obviedad palmaria, pues el pago del préstamo hipotecario no tiene nada que ver con los deberes asistenciales sobre lo que irradia el bien jurídico, sino que es simplemente una inversión de los adquirentes (del bien adquirido), de forma y manera que dictar una sentencia condenatoria en estos términos es "prisión por deudas". Y esta peligrosa doctrina fijada por el Tribunal Supremo nos podría llevar al absurdo de condenar por el delito de impago a quien no pagara, por ejemplo, las cuotas de la comunidad de propietarios o cualquier otra disparatada prestación económica que se fijara en la sentencia de separación o divorcio (por error o por las razones que fueren) y que nada tuviera que ver con el bien jurídico protegido en el delito de impagos, pues automáticamente pasaría a integrar una prestación incardinable en el art. 227 CP.

Por último, en lo que respecta a la capacidad de actuar conviene desterrar, pues así lo ha dicho el Tribunal Supremo, que este delito contemple un supuesto encubierto de prisión por deudas<sup>6</sup>. Sin embargo, aunque pareciera obvio que corresponde a la acusación probar, a través de cualquier medio probatorio

---

6 STS 13 febrero 2001 (Tol 31341): "La necesaria culpabilidad del sujeto dentro de los inexcusables principios culpabilísticos del artículo 5 del Código Penal, con la concurrencia, en este caso de omisión dolosa (art. 12 CP), del conocimiento de la obligación de pagar y de la voluntariedad en el impago; voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida. En tal sentido esta Sala ya declaró en Sentencia de 28 de julio de 1999 que el precepto penal aplicado (art. 227 CP 95) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de 'prisión por deudas'. Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), que dispone que 'nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual', precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2º y 96.1º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento ('no poder cumplir'), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla". Y, más adelante, continúa diciendo nuestro Alto Tribunal que: "Lo anteriormente expuesto ha de completarse en un doble sentido: A) En los casos de cumplimiento parcial del débito económico debe rechazarse cualquier formal automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento de la prestación económica. La antijuridicidad material de la conducta –y no sólo la antijuridicidad formal de su subsunción típica– exige la sustancial lesión del bien jurídico protegido. De ahí 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 del artículo 227.1º del Código Penal. Tal cuestión habrá de determinarse en caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas con olvido de que en definitiva se trata de una modalidad típica del 'abandono' de familia. B) En segundo lugar, de la inexistencia del delito en los casos de imposibilidad de pago no se sigue que la acusación deba probar, además de la resolución judicial y de la conducta omisiva, la disponibilidad de medios bastantes por el acusado para pagar, pues siendo este dato uno de los factores a valorar en la resolución que establezca la prestación, y siendo susceptible de actualización o alteración por modificación de las circunstancias, el hecho mismo de que se haya establecido judicialmente y se mantenga su importe permite inicialmente inferir de manera razonable la posibilidad de pago por el deudor y por lo mismo la voluntariedad de su omisión. Ahora bien: esto no obsta la posibilidad de que por el acusado se pruebe la concurrencia de circunstancias que hayan hecho imposible el pago, acreditándose así la ausencia de dolo en el impago de la prestación debida".



admitido en derecho, la capacidad económica del acusado, esta es una posición no unánime<sup>7</sup>, pues también son numerosas las resoluciones que entienden que la falta de capacidad económica, en tanto que causa de inexigibilidad, corresponde su prueba a quien la alega, esto es, al acusado<sup>8</sup>.

A su vez, para quienes consideran que la carga de la prueba de la capacidad económica recae sobre el acusador, esta también se divide en dos posturas. La primera de ellas, que la capacidad económica puede presumirse *iuris tantum* del hecho que el acusado no haya instado la modificación de la obligación a la que viene obligado<sup>9</sup>. Y la segunda que considera que si bien puede deducirse a través de indicios, éstos corresponden ser probados por la acusación<sup>10</sup>.

## II. SUJETO ACTIVO Y PASIVO

Se trata de un delito especial propio que sólo puede ser cometido por quien está obligado (sujeto activo) al pago de las prestaciones en favor de sus hijos o del cónyuge (sujeto pasivo).

En lo que respecta a los hijos, están protegidos tanto los matrimoniales como extramatrimoniales<sup>11</sup>.

7 SAP Barcelona 20 mayo 2015 (Tol 5172611): “Entrando ahora a examinar el fondo del recurso de apelación formalizado por Don Miguel Ángel, y según resulta del examen del primero de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, sobre derivar al acusado la carga de probar su inocencia, el Juez de lo Penal no relaciona una sola prueba que acredite la capacidad económica de aquél para hacer frente al pago de la pensión alimenticia, haciendo descansar su veredicto condenatorio en la presunción de que no resulta creíble, según las reglas de la lógica y la experiencia común, que el acusado no hubiera percibido ningún tipo de ingreso durante más de dos años, pero sin relacionar los indicios en que ha basado tal presunción y olvidando que las reglas de la lógica y la razón y las máximas de la experiencia humana común son los parámetros de valoración concatenada de los indicios que pudiera haber, sin que el hecho de poseer diez tipos de carnet de conducir y no haber instado la modificación puedan justificar por aplicación de los precitados parámetros, como única conclusión posible, el que Don Miguel Ángel dispuso de la capacidad económica suficiente para atender, siquiera fuera parcialmente, el pago de la pensión alimenticia que debía satisfacer. Piénsese que para la no perpetración de este delito no es preciso que el obligado/a al pago de la pensión alimenticia viva en la calle y de la caridad pública, sino que sus ingresos, descontados los gastos mínimos e indispensables para vivir, no le permitan disponer de cantidad alguna que destinar al pago de la pensión alimenticia, sin que en el presente caso el Juez de lo Penal haya relacionado prueba alguna, testifical, pericial o documental que o bien acredite directamente la capacidad económica del acusado, o bien acredite hechos que sirvan de base a un posterior juicio de inferencia que permita concluir afirmando unívocamente la culpabilidad de aquél. Con base en todas las consideraciones hasta aquí efectuadas el recurso debe, pues, ser estimado.”

8 Así es ilustrativo el razonamiento de la SAP Zaragoza 6 mayo 2015 (Tol 5009317): “el recurrente no ha probado suficientemente, dado el automatismo de la obligación de prestar alimentos, y a ello venía obligado, circunstancias que pudieran justificar la imposibilidad de abonar las cantidades a que venía obligado, y la carga de la prueba pesa en su contra, por lo que debe inferirse racionalmente que tenía posibilidad de pago de la pensión impuesta, o de parte de ella, máxime cuando al dejar de trabajar cobra un subsidio por desempleo, y por lo mismo la voluntariedad de su omisión”.

9 Por todas, *vid. cit.* STS 13 febrero 2001.

10 Por ejemplo, la SAP Madrid 18 enero 2008 (Tol 1281651) considera suficiente prueba para enervar la presunción de inocencia la declaración sobre la capacidad económica de la exmujer e hijas del acusado.

11 STC 67/1998, de 18 de marzo (Tol 80924).

En cuanto al cónyuge, se ha señalado que expresamente “el tipo penal cuya aplicación se postula en el siguiente motivo, circunscribe el comportamiento tipificado al impago de prestaciones a favor de los hijos o del cónyuge del obligado. Así pues, la existencia de una obligación de alimentos a favor de otra persona en la que no concurre aquella calidad resulta intrascendente para el tipo penal invocado. Y no la reúne la persona que mantiene una relación de afectividad equiparable a la de esposa. Porque, aunque esta relación se equipara en consecuencias jurídicas en múltiples presupuestos, la equiparación la hace o la propia ley o no implica una ampliación de una norma represiva. En este caso, ampliar el presupuesto típico sería analogía proscrita para instaurar una consecuencia penal de ampliación del presupuesto de la pena”<sup>12</sup>.

### III. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO RECLAMABLE: LA SOLUCIÓN DADA POR LA STS 25 JUNIO 2020

Señala el art. 227.3 CP que “La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”. Sin embargo, uno de los problemas prácticos clásicos a la hora de fijar la cuantía adeudada era si el límite a su reclamación venía fijado por el auto de procedimiento abreviado, el escrito de acusación o a la fecha de juicio oral.

Esta cuestión ha sido finalmente zanjada por la reciente STS 25 junio 2020 (Tol 8020816) que señala en relación con el art. 227.1 y 3 CP que: “El periodo objeto de enjuiciamiento debe comprender hasta el momento procesal del acto del juicio oral, ya que ningún menoscabo a la defensa del acusado puede ocasionar el hecho de que todos los impagos ocurridos hasta ese momento se incorporen a la pretensión acusatoria planteada tras la práctica de las pruebas en el juicio oral, pues en tales casos el acusado pudo perfectamente defenderse de esa imputación”.

Señalándose así que: “en este tipo de delitos de *tracto sucesivo acumulativo*, se puede producir la extensión de los hechos hasta el mismo momento del Juicio Oral, siempre que las acusaciones así lo recojan en sus conclusiones definitivas y el acusado se haya podido defender adecuadamente de tal acusación. En aplicación de esta tesis al supuesto concreto de autos, el límite temporal de los hechos a enjuiciar se contendría en dicho escrito de conclusiones y modificado el mismo en el acto del juicio, no cabe entender que se produzca indefensión, ya que conforme a la configuración de este tipo penal la acreditación de la falta de posibilidades para el abono compete al imputado y no consta que solicitase –ex art 788.4 de la L.E. Criminal– la suspensión ante la modificación de la calificación”.

---

12 STS 21 noviembre 2007 (Tol 1213939)

#### IV. LA CONDICIÓN OBJETIVA DE PROCEDIBILIDAD TRAS LA STS 29 OCTUBRE 2020

El art. 228 CP exige la denuncia del agraviado o de su representante legal. Y para el caso de que este sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

Tradicionalmente el concepto de “agraviado” se ha interpretado por la doctrina mayoritaria y un amplio sector jurisprudencial, restrictivamente para que, en aquellos casos de mayoría de edad, solo éste pueda cumplir el requisito de procedibilidad<sup>13</sup>.

Sin embargo, la reciente STS 29 octubre 2020<sup>14</sup> ha considerado que el término “agraviado” del art. 228 CP, en una interpretación teleológica y amplia, debe incluir tanto a los titulares o beneficiarios de la prestación económica debida, como al progenitor que convive con el hijo mayor de edad y sufraga los gastos no cubiertos con la pensión impagada. En este sentido, en orden a su fundamento, se concluye por el Alto Tribunal que “no existe duda de que el progenitor conviviente con el alimentista es una de las personas que soporta las consecuencias inmediatas de la actividad criminal, llevada a cabo por el otro progenitor que impaga la pensión alimenticia a los hijos, por lo que debe ser considerado agraviado a los efectos de tener legitimación para formular la preceptiva denuncia e instar así su pago en vía penal”.

Esta interpretación acogida por el Tribunal Supremo incurre en una confusión entre lo que la propia sentencia denomina el “hecho criminal” y el requisito de procedibilidad o perseguibilidad, puesto que, el art. 228 CP no purifica el desvalor de la conducta y su resultado, sino que impone cumplir un requisito formal para que el *ius puniendi* pueda reaccionar frente a la misma. Con la tesis expansiva acogida por el Pleno del Tribunal Supremo, simple y llanamente se vacía de contenido el mandato del legislador previsto en el art. 228 CP, esto es, que, en caso de mayoría de edad del beneficiario de la prestación económica debida, este tuviera que interponer denuncia, salvo que fuese una persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida.

<sup>13</sup> SAP Barcelona 8 marzo 2005 (Tol 637309).

<sup>14</sup> STS 29 octubre 2020 (ECLI: ES:TS:2020:3554).

