

ESTUDIOS

ALGUNAS CONSIDERACIONES RELATIVAS AL DELITO DE IMPAGO DE PENSIONES

CARMEN SANZ MORÁN

Abogado Fiscal sustituta

SUMARIO: I. Introducción.-II. Bien jurídico protegido.-III. Elementos del delito de impago: A) Sujetos del delito. B) El tipo de objetivo. C) El tipo subjetivo. D) La antijuricidad. E) Culpabilidad. F) Formas de aparición. G) Concursos. H) Penalidad y perseguibilidad. I) Responsabilidad civil. J) Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de impago de pensiones, es introducido en el Código Penal como figura delictiva por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal⁽¹⁾, regulado dentro del Capítulo III del Título XII en el artículo 487 bis, posteriormente reformado por el Código Penal de 1995 que lo recoge en el artículo 227 dentro de la Sección 2.ª del Capítulo III del Título XI. No es aquél, sin embargo, el único precedente legislativo del actual artículo 227 del Código Penal, pues ya la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932⁽²⁾ previó la punición del cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, culpablemente dejare de pagarla durante tres meses consecutivos.

⁽¹⁾ La tipificación de esta conducta no estaba prevista en el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código Penal de 1989 y se introdujo, durante la tramitación parlamentaria del mismo, en virtud de una enmienda de Minoría Catalana, que fundamentaba su inclusión en la necesidad de evitar, al menos de forma disuasoria, los supuestos frecuentes que se habían producido con anterioridad en el transcurso de la ejecución de los procedimientos civiles de disolución o separación matrimonial.

⁽²⁾ POLAINO NAVARRETE, M., «Delitos contra las personas, la libertad sexual, el honor; el estado civil, la libertad y seguridad y los derechos fundamentales», del *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, edición del año 1993 (en unión de Carmen Salgado, A; González Rus, J. J.; Morillo Cueva, L.), dirigido por Cobo del Rosal, M., pp. 469 y ss.; PÉREZ MANZANO, M., «El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio», *Revista del Poder Judicial*, 2.ª época, núm. 21 (marzo 1991), pp. 31 y ss.; CARBONELL, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos contra la libertad y seguridad», en el *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Editorial Tirant lo Blanch, 1993 (en unión de Vives Antón, T.S.; Boix Reig, J. y Orts Berenguer, E.), pp. 746 y ss.

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

Los mecanismos tendentes a asegurar el efectivo pago de estas pensiones en el ámbito civil los hallamos entre otros en los artículos 91, 93 y 103-3 del Código Civil, permitiendo el primero de ellos al juez establecer en las sentencias de nulidad, separación o divorcio medidas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones; el artículo 93 prevé la adopción de medidas tendentes a asegurar la efectividad de las pensiones alimenticias a los hijos, y el 103.3 otorga al juez facultades para disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares.

Siguiendo a Boix Reig⁽³⁾, la razón que llevó al legislador a la reforma fue la generalización de los incumplimientos de las pensiones alimenticias derivadas de separaciones, divorcios o nulidades, lo que le hizo confiar en el efecto preventivo general de la norma penal, sin cerciorarse antes, no ya de la oportunidad de la medida, sino incluso de la existencia en el ordenamiento jurídico de otros preceptos que, si se aplicaran, harían absolutamente innecesaria la reforma. Así, los arriba mencionados en el ámbito civil y, en el penal, los que regulan los delitos de desobediencia, alzamiento de bienes, estafa o el propio párrafo segundo del artículo 487⁽⁴⁾.

Y algunos autores pusieron incluso en tela de juicio, como apuntábamos antes, la constitucionalidad misma del nuevo delito. En primer lugar se rebate la limitación de la intervención penal en los casos de incumplimiento de obligaciones de tipo económico, excluyéndose la punición de la infracción u omisión de otro tipo de obligaciones de naturaleza no económica, que también son objeto de aprobación o establecidas en las resoluciones judiciales recaídas en supuestos de crisis matrimoniales. Así se ha alegado la vulneración del artículo 14 de la CE que recoge el principio de igualdad al no tipificarse el incumplimiento del régimen de visitas previsto en el artículo 94 del Código Civil a favor de uno de los cónyuges respecto de los hijos. A la luz de estas críticas, el Proyecto de Código Penal de 1992 tipificó en el artículo 230 el no permitir el régimen de visitas o comunicación establecidas por resolución judicial en cualquier proceso matrimonial o de filiación. En el Código Penal de 1995 el incumplimiento del régimen de visitas y comunicación no es objeto de tipificación, lo que corrobora la tesis que, sobre el particular, sostiene, entre otros, el profesor Bernal del Castillo⁽⁵⁾, cuando afirma que dicho incumplimiento no lesiona o pone en peligro ningún bien jurídico que merezca por su trascendencia la protección que le otorgan las normas penales. También se ha criticado desde la óptica del principio constitucional de igualdad, que este delito protege un concreto modelo de estructura familiar: el derivado del matrimonio, dejando fuera del ámbito de protección las prestaciones económicas debidas a los hijos procedentes de uniones extramatrimoniales⁽⁶⁾.

El mismo Tribunal Constitucional apuntó en esta dirección. Así, la STC de 21 de abril de 1997, cuyo Fundamento de Derecho 4.º señala textualmente: «el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento de sus progenitores de las obligaciones

⁽³⁾ BOIX REIG, en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, pp. 172-173.

⁽⁴⁾ Este planteamiento formulado por Boix es recogido por CARBONELL, J. C. y GONZALEZ CUSSAC, J. L., *op. cit.*, p. 746.

⁽⁵⁾ VID. BERNAL DEL CASTILLO, J., *El delito de impago de pensiones*, editorial J. M. Bosch, 1997, pp. 57 ss.

⁽⁶⁾ VID. GÓMEZ PAVÓN, «El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis) su posible inconstitucionalidad», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, núm. 44 p. 297 y ss. Matiza el alcance de esta crítica, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribiera el artículo 14 de la Constitución. Y las posteriores sentencias de 18 de marzo y de 4 de abril de 1998 ponen ya de manifiesto la inconstitucionalidad del anterior artículo 478 bis por vulneración del principio de igualdad ante la Ley, si bien y, en concreto en la primera, del pleno del Alto Tribunal, no se decide a iniciar, ex officio, la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad por haber sido sustituido ya el precepto por el vigente artículo 227 del Código Penal de 1995, además de no querer invadir las potestades discrecionales que tiene el Legislador Penal a la hora de configurar los tipos penales. En las dos últimas sentencias citadas, a diferencia de la 74/1997, el tribunal otorga un amparo declarativo en favor de la demandante de amparo, en ambos casos la denunciante en el procedimiento penal, reconociéndose el derecho de los hijos extramatrimoniales a la no discriminación por razón de nacimiento pero sin conllevar repercusión alguna respecto de las sentencias y autos absolutorios y de archivo que fueron dictados por los Organos Jurisdiccionales.

Otra pretendida infracción del principio de igualdad constitucional se plantea, como hemos indicado, al limitar el legislador la protección penal que se otorga en el delito de impago a los supuestos de crisis procedentes de uniones matrimoniales, excluyendo la posibilidad que se acojan a dicha protección los casos de otros tipos de uniones: convivencia *more uxorio*, uniones homosexuales, etc., o bien supuestos de separación de hecho en los que no intervino la autoridad judicial. Se alegan como argumentos de esa discriminación que el ordenamiento jurídico-penal no puede hacer distinciones ideológicas, y que la protección del modelo matrimonial frente a otras uniones establecería una discriminación inaceptable desde el punto de vista constitucional; además, que la exclusión de este tipo de uniones iría contra el espíritu de la reforma de 1989⁽⁷⁾.

El problema, entendemos, debe ser hoy replanteado a la luz de lo dispuesto en la nueva LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, la cual si bien es cierto que no regula en un capítulo específico las cuestiones que surjan tras la ruptura de las uniones de hecho, contiene, sin embargo, procedimientos relativos a la guarda y custodia y alimentos de hijos menores (arts. 748-4.º y 770-6.º), remitiendo al procedimiento y a los trámites establecidos en la Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio, lo que supone la intervención judicial en los mismos términos que para las uniones matrimoniales. Téngase en cuenta además la dirección iniciada en la legislación autonómica, reguladora de este tipo de uniones (por ejemplo, la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio de Uniones Estables de Parejas, y la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas).

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Si es o no necesaria y legítima una intervención penal implica argumentar sobre la existencia de un bien jurídico de protección que resulta atacado de forma grave por una conducta y sobre la eficacia de los instrumentos penales para proteger el bien jurídico. Ello significa que antes de introducir un nuevo delito en el Código Penal hay que examinar cuidadosamente el objeto de protección y si no hay un medio menos extremo que el Derecho Penal para solucionar el conflicto social subyacente⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ Vid. por todos POLAINO NAVARRETE, *op. cit.*, p. 519.

⁽⁸⁾ PEREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 33; CARBONELL, J. C. y GONZALEZ CUSSAC, J., *op. cit.*, p. 746, siguiendo a BOIX REIG; MARCHENA GÓMEZ, M. «Delito de impago de prestaciones asistenciales de naturaleza económica declaradas judicialmente en los pro-

Debe destacarse la importancia que tiene la determinación del bien jurídico protegible en cuanto límite al *ius puniendi* estatal y a la efectiva protección de los valores y principios fundamentales para evitar lo que se ha venido en llamar la «huída» hacia el Derecho Penal, esto es, 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.

Las opiniones a favor o en contra del precepto no se basan esencialmente en constatar la necesidad de identificar un bien jurídico merecedor de protección penal y si las conductas incriminadas en el artículo 487 bis (hoy art. 227) son de la suficiente gravedad como para justificar el recurso a la pena, sino en los medios jurídicos —penales y extrapenales— disponibles hasta la reforma de 1989 para hacer frente al problema que ésta intentó solucionar⁽⁹⁾.

Se ha dicho que el conflicto social que subyace a este delito puede solucionarse acudiendo a mecanismos jurídicos civiles, así el Juez puede adoptar las medidas pertinentes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas de situaciones de crisis matrimoniales y que aparecen reguladas en los artículos 90 a 103 del Código Civil, señalándose reiteradamente que para la más eficaz protección de la seguridad de los beneficiarios de las prestaciones económicas, se debería conseguir una más eficaz y más intensa aplicación de esas medidas ya existentes o un reforzamiento legislativo de las mismas y éste es el criterio que impera en la jurisprudencia posterior a la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora del divorcio (SSTS 11-XI-1985, 6-X-1986, 7-III-1988, entre otras). Dichas medidas restringieron el ámbito de aplicación del artículo 487 Código Penal, que tipificaba el abandono de familia, ya que muchos de los supuestos castigados conforme al artículo 487 del Código Penal antes de la Ley de Divorcio de 1981 eran casos de crisis matrimoniales que no podían ser abarcados por la estrecha regulación civil sobre la materia⁽¹⁰⁾.

Las medidas previstas en los artículos 90 a 103 del Código Civil son de distinta naturaleza: así, la posibilidad de decretar el embargo judicial de la nómina o cuentas bancarias, de constituir hipotecas o depósitos bancarios, de prestar una fianza o de anotar en el Registro los inmuebles de propiedad del obligado. Estas medidas cautelares no son obligatorias y no se puede exigir que sean dictadas como paso previo a la vía penal.

En principio, parece que en la propia ejecución de la sentencia se haría efectivo el pago de prestaciones económicas⁽¹¹⁾. Se hacía, sin embargo, necesaria una reforma que permitiera valorar si el reforzamiento de las medidas extrapenales basta para garantizar el pago de las prestaciones. No lo entiende así Bernal del Castillo, quien opina que la existencia o la mejor aplicación de esas medidas cautelares, garantistas o en su caso sancionatorias ante el incumplimiento, no cubrirían todos los supuestos regulados actualmente por el delito de impago ni tampoco impedirían la aplicación del tipo penal regulador del mismo, porque para poder aplicar dicho precepto basta con constatar la previa situación de impago, siendo compatible

cesos matrimoniales de filiación y alimentos», en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*, Manual VIII de la Revista EXPANSION, en colaboración con Garrigues & Andersen, Madrid, 1999, cuando dice «Nada es objetable a la colectiva exigencia de rigor y eficacia en el momento del tratamiento jurídico de determinados incumplimientos. Sin embargo en no pocos casos, se elude una reflexión previa, esto es, si la insatisfacción por la falta de respuesta jurídica a determinados problemas, impone necesariamente el empleo de la técnica penal», p. 791. PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona 1996, p. 1070; LAURENZO COPELLO, P., «El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio», en CPC, núm. 51 (1993), p. 772.

⁽⁹⁾ LAURENZO CAPELLO, P., *op. cit.*, p. 772.

⁽¹⁰⁾ PEREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 33, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 44.

⁽¹¹⁾ PEREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 37.

esta situación con la existencia de garantías anteriores o medidas cautelares y, por otro lado las medidas cautelares o garantistas no solucionan todos los supuestos de incumplimiento de las prestaciones puesto que no es obligatorio dictarlas en todos los procesos de crisis matrimoniales, y además, aunque se hayan dictado, esas medidas pueden ser insuficientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, así en los supuestos de variación en la situación económica del deudor, no habiendo solicitado éste una modificación de las prestaciones, o bien cuando el deudor se alzare con sus bienes en perjuicio del acreedor⁽¹²⁾.

Al hilo de este argumento cabe destacar la inclusión en la LEC 1/2000 de 7 de enero, del artículo 776 que en su apartado primero recoge como especialidad en la ejecución de las medidas adoptadas en procesos de nulidad, separación o divorcio el que se puedan imponer multas coercitivas al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le corresponde⁽¹³⁾.

Ya se habían hecho eco los autores⁽¹⁴⁾ de la necesidad de creación de un Fondo de Garantía de Pensiones para hacer frente a los graves desequilibrios económicos que los casos de incumplimiento del pago de las pensiones de alimentos por parte del cónyuge obligado a hacerlo generaba, garantía de pago que tenía su origen en la protección prevista para los niños en diferentes Convenios Internacionales, especialmente en la Declaración de la ONU de 20 de noviembre de 1959 y en particular, la recomendación 869 de 1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que invitaba a los gobiernos a incorporar en sus legislaciones internas la necesidad de que los propios Estados garanticen el pago de las pensiones por alimentos de los hijos menores no emancipados establecidas por medio de resolución judicial relativa a la ruptura matrimonial.

Otra de las críticas de que se hacen eco buena parte de los autores es que mediante la incriminación de las conductas típicas no se pretende proteger ningún bien jurídico penal, sino simplemente sancionar el incumplimiento de obligaciones civiles preexistentes y prevenir mediante la coacción el incumplimiento de obligaciones futuras recuperando una denostada forma de «prisión por deudas», expresamente vedada por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 que señala que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual⁽¹⁵⁾».

Sin embargo, no han faltado autores que defendían lo contrario. Así, Pérez Manzano, afirma que si bien es cierto que el mero incumplimiento en sí mismo no puede conducir a la prisión, ello no significa que un incumplimiento de una obligación contractual, unida a algún otro requisito, no pueda fundamentar la intervención penal (cita a título de ejemplo, los delitos de insolencia en los que al incumplimiento de obligaciones pecuniarias, se unen las maquinaciones fraudulentas; y la estafa, apropiación indebida etc..., que siempre pueden aplicarse a casos de incumplimiento de sentencias civiles tras la reclamación de una deuda impagada). Además, siempre según esta autora, el artículo 11 del Pacto de Nueva York, pretende evitar que los económicamente débiles puedan ser encarcelados porque no pueden pagar sus deudas.

⁽¹²⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

⁽¹³⁾ PEREZ MARTÍN, A. J., «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 4147 ss. El precepto no figuraba en el Proyecto de Ley y se introdujo en el Informe de la Ponencia al incorporarse un texto transaccional a algunas enmiendas presentadas por el grupo socialista, si bien en el texto propuesto por éstas se preveían medidas de refuerzo adicionales.

⁽¹⁴⁾ Así, entre otros, LAURENZO CAPELLO/ SILLERO CROVELTO, B, en «El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial», Sevilla-Málaga 1996, pp. 162 siguientes; PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 44 y 45.

⁽¹⁵⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Derecho Penal. Parte especial», 13.ª edición revisada y puesta al día por el profesor Serrano Gómez, Madrid 1990, p. 345 y 346; PRATS CANUT, J. M. *op. cit.*, p. 1070; CARBONELL, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J., *op. cit.* p. 746; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 487, entre otros.

Pero en el caso presente no nos encontramos ante este supuesto, pues si el obligado deviene insolvente estaremos ante una causa de exclusión de la conducta punible. Aduce por último que el citado artículo 11 se refiere a obligaciones contractuales, y las prestaciones económicas derivadas de las situaciones familiares en crisis, no revisten este carácter⁽¹⁶⁾.

Por su parte la Fiscalía General del Estado, en la consulta 1/1993, se hacía eco ya de estas críticas doctrinales destacando textualmente que «el artículo 487 bis es de difícil justificación a la vista de los principios inspiradores de un derecho penal moderno. El carácter fragmentario del derecho penal, su condición de *última ratio*, impiden el aplauso dogmático a un enunciado punitivo que nace ante la insatisfacción social por el deficiente funcionamiento del sistema de ejecución de la jurisdicción civil. Es fácil detectar en el artículo 487 bis un recurso —en nuestros días cada vez más socorrido— a lo que se ha venido en llamar el Derecho Penal simbólico»⁽¹⁷⁾.

Como hemos apuntado más arriba, la justificación de una figura delictiva como la que aquí nos ocupa, debe tomar en cuenta no sólo la existencia de mecanismos civiles alternativos, sino la presencia también de técnicas específicamente penales con las que hacer frente al problema político criminal planteado. En esta dirección, hay autores⁽¹⁸⁾ que consideraban aplicable en alguno de los supuestos de impago de pensiones el anterior artículo 519 del Código Penal regulador del alzamiento de bienes; así sucedería en los casos en que el obligado realiza maquinaciones para ocultar sus bienes y colocarse en situación de insolvencia. Se advirtió, sin embargo, frente a esta propuesta, que la excusa absoluta de parentesco que contemplaba el artículo 564, haría inaplicable el alzamiento en los supuestos de separación legal o de hecho (argumento que habría que reconsiderar a la luz del artículo 268 del Código Penal de 1995, que excluye de la exención de responsabilidad a favor de los cónyuges a los que estuvieran separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio). Además, siendo el bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, según el profesor Bajo «el derecho del acreedor a la satisfacción de sus créditos», no es éste el único objeto de protección en los supuestos de incumplimiento de las prestaciones económicas.

Desde otra perspectiva, se aducía la identidad de contenido entre el delito que nos ocupa y el de desobediencia⁽¹⁹⁾. Ambos tipos describen supuestos de incumplimiento de una resolución precedente, las sanciones previstas para los dos delitos coinciden y, además, el delito de impago de pensiones se configura como un delito público, perseguible de oficio, en el que no se otorga relevancia al perdón del ofendido. Estos dos últimos argumentos ya no pueden ser aducidos desde la aprobación del Código Penal de 1995, donde se advierte distinta penalidad para estas infracciones, al tiempo que el delito de impago se configura como una infracción perseguible solamente mediante denuncia del agraviado o del Ministerio Fiscal, lo que viene a avalar la tesis formulada por Lorenzo Copello sobre que la ausencia del requisito de procedibilidad con anterioridad a la reforma del Código Penal de 1995 se debía a un «olvido del legislador»⁽²⁰⁾. En contra de la configuración del delito de impago de pensiones como una modalidad de los delitos de desobediencia se señala además que todas las conductas incriminadas en el artículo 227

(16) PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, pp. 44-45.

(17) Citado en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «Consecuencias penales de los procesos familiares», en Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia IV/1998, p. 127.

(18) BOIX, J. *op. cit.*, p. 746 y PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 38.

(19) Expone PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 40, que es posible calificar los supuestos de impago como delitos de desobediencia porque en todos los casos hay desobediencia a la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

(20) LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 775.

del Código Penal (anterior art. 487 bis) suponen desobediencia grave a una orden de la autoridad y la resolución judicial que en los procesos de crisis matrimonial aprueba o establece las prestaciones económicas a realizar y determina las personas que deben cumplirlas no reviste este carácter de «orden»⁽²¹⁾.

Para algunos autores solo podrá hablarse de orden incumplida a efectos del delito de desobediencia, cuando el impago de las prestaciones ha sido precedida de requerimiento judicial dirigido al obligado a realizar dichas prestaciones. Sólo a partir de ese momento podrá hablarse de auténtica actitud de rebeldía en el sentido exigido por generar el delito desobediencia. Sin embargo, Pérez Manzano, recuerda que la jurisprudencia ha prescindido de la exigencia del requerimiento previo para apreciar el delito de desobediencia cuando se ha podido comprobar por vías distintas que el autor tenía conocimiento real y positivo de la orden, circunstancia que en su opinión, puede afirmarse «en algunos casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo en los que la ratificación o la posterior notificación de la homologación del convenio, de la elevación a definitivas de las medidas provisionales, o de la resolución judicial, puede ser suficiente prueba del conocimiento de la orden por el obligado»⁽²²⁾. Por otra parte, el simple incumplimiento de las prestaciones no es suficiente para integrar la gravedad de la acción exigida por el tipo penal del delito de desobediencia, gravedad que, como han señalado la doctrina y la jurisprudencia viene determinado por un cúmulo de circunstancias de distinta naturaleza. Por ello solamente algunos de los supuestos de impago, en concreto los que contengan las circunstancias contempladas para determinar la gravedad de la conducta de desobediencia, pueden ser calificadas como tal. Pérez Manzano, por su parte, partiendo del delito de desobediencia como un delito contra el orden público, no considera que el incumplimiento de las prestaciones económicas afecte solo a aquel bien jurídico, sino que es evidente que la seguridad de los miembros de la familia puede quedar también afectada, por lo que no sería suficiente el delito de desobediencia, que reserva para los supuestos más graves del incumplimiento⁽²³⁾.

La opinión mayoritaria de la doctrina atribuye al impago de pensiones la naturaleza de un delito contra la familia, consideración que encuentra su apoyo legal en el Preámbulo de la Reforma de 1989 que introduce el artículo 487 bis, precedente del actual artículo 227 del Código Penal, cuando expone como finalidad del precepto la de otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a realizar prestaciones de naturaleza económica⁽²⁴⁾. Esto aparece confirmado por la regulación, tanto del anterior 487 bis, como el artículo 227 del nuevo Código Penal, dentro del capítulo y bajo la rubrica «Del abandono de familia», a continuación de los tipos penales que regulan dicho delito, argumentándose en apoyo de esta configuración del delito de impago la similitud entre ambas infracciones –abandono de familia e impago– por la naturaleza de las prestaciones cuyo incumplimiento da lugar a la punición de estas conductas⁽²⁵⁾.

No es esta sin embargo una cuestión pacífica sino que suscita diversos problemas que han hecho dudar a un sector de la doctrina de que el impago de pensiones constituya un delito contra la familia. Siguiendo a Bernal del Castillo, la primera cuestión consiste en determinar si las obligaciones económicas que constituyen el objeto material del delito de impago tienen

(21) BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 29.

(22) PEREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 41. En sentido diverso, sin embargo, LAURENZO COPELLO, P. *op. cit.*, p. 777.

(23) PEREZ MANZANO, M., *op. cit.*, pp. 41-42.

(24) En este sentido la circular 2/1990 de la Fiscalía General del Estado según la cual la interpretación del tipo ha de hacerse en función del fin de la norma y éste es fundamentalmente, tutelar a los miembros económicamente más débiles de la insolidaridad del obligado a la prestación.

(25) BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 33 y ss.

su origen realmente en relaciones familiares o si, por el contrario, proceden de relaciones puramente personales y asistenciales y ello depende de si la intervención judicial en la que se aprueba el convenio regulador o se establecen los derechos y deberes económicos entre los sujetos, se interpreta como constitutiva de nuevas obligaciones surgidas de esa intervención y de carácter puramente personal y asistencial, pero no propiamente familiares (lo que llevaría a configurar este delito como figura contra la seguridad personal), o no atribuir a aquella intervención judicial un carácter creador de nuevas relaciones, sino que se limitaría a dar nuevo contenido a las obligaciones que se derivan de las relaciones familiares preexistentes, adaptándolas a las situaciones y relaciones derivadas de las crisis matrimoniales⁽²⁶⁾. Las prestaciones económicas en el delito que nos ocupa y en el abandono de familia compartirían la misma naturaleza al tratarse de prestaciones asistenciales de origen familiar y por ello el delito de impago constituye un delito contra las relaciones familiares, una modalidad, caracterizada por el distinto contenido de las prestaciones a las que están obligados los sujetos unidos por vínculos familiares⁽²⁷⁾.

Un segundo dato que lleva a considerar el delito de impago como un tipo autónomo y especial de abandono de familia, reside en que el nuevo artículo 228 CP, a diferencia de lo que sucedía con el impago en el Código derogado, dispone que «los delitos previstos en los dos artículos anteriores solo se perseguirán previa denuncia de la persona ofendida o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal»⁽²⁸⁾.

El abandono de familia es, por tanto, un delito contra «las relaciones familiares», que consiste en el incumplimiento de deberes asistenciales, que implica la vulneración de los derechos a recibir determinadas prestaciones. No se castiga la simple vulneración de las expectativas de recibir esas prestaciones que se incumplen⁽²⁹⁾, sino la causación de riesgo –potencial o concreto– para bienes jurídicos personales cuyo mantenimiento depende del cumplimiento de los deberes familiares⁽³⁰⁾.

Tanto el delito de impago como el tipo básico del abandono de familia, se configuran a modo de delitos de peligro abstracto, considerándose realizado el tipo del impago a partir del dato externo y objetivo del incumplimiento de las prestaciones durante los plazos señalados en el tipo, con independencia de la real situación de inseguridad o indefensión de los beneficiarios de la prestación, la cual puede ser incluso inexistente⁽³¹⁾.

Las tesis jurisprudenciales en torno al bien jurídico protegido ponen el acento en uno u otro de los criterios apuntados. Así la sentencia dictada en fecha 12 de diciembre 1995 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Coruña considera el delito que analizamos,

⁽²⁶⁾ En este sentido PÉREZ MANZANO, *op. cit.*, p. 50, sitúa el origen de estas obligaciones en las relaciones familiares anteriores en la situación de crisis matrimonial, señalando que esos deberes de asistencia y solidaridad matrimonial «subsisten incluso tras la ruptura matrimonial».

⁽²⁷⁾ De esta opinión es LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pp. 783 y 784.

⁽²⁸⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 36.

⁽²⁹⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 798, señala que no quedaría justificada la intervención penal como simple medio para garantizar que no se vean defraudadas las pretensiones de cumplimiento de las obligaciones, alegando además que en el propio ámbito familiar existen numerosos deberes personales que crean expectativas para sus beneficiarios y que, sin embargo, no ha parecido oportuno garantizar por la vía punitiva.

⁽³⁰⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 36 y 37, cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.; CARBONELL, J., *op. cit.*, pp. 746-747.

⁽³¹⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 37-38. Establecido el vínculo entre el impago de pensiones y el abandono de familia por lo que a su finalidad tutiva se refiere, concluye la profesora LAURENZO COPELLO, P., en su reciente libro: *Los delitos de abandono de familia e impago de pensiones*, Valencia 2001, p. 69, a favor de un bien jurídico individual: la integridad personal de los beneficiarios de las prestaciones, entendido en el amplio sentido del conjunto de condiciones susceptibles de garantizar una vida digna.

junto a los que regulan los delitos de abandono de familia y niños, infracción contra la libertad y seguridad por el encuadre sistemático dentro del Título XII del Libro II del Código Penal y, dentro de ellos, los considera hechos punibles que atentan contra las instituciones familiares. La sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 30 de abril de 1997 señala que: «.... el delito de que se trata no se tipifica en razón a una actitud rebelde ante la decisión judicial, en cuanto tal, sino en base a que en la misma se acoge un derecho subjetivo ejercitado por la vía judicial y que es vulnerado por quien se encuentra obligado a cumplirlo, vulneración de derecho subjetivo que por la importancia de éste y su afectación a bienes jurídicos básicos, como el derecho a la vida y a la subsistencia de los parientes más allegados, y en especial a los hijos menores de edad, es merecedor de sanción penal». La sentencia de 16 de enero de 1998 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Girona dice: «.... el objeto tutelado por el tipo delictivo en que se castiga el abandono de familia por impago de pensiones es la seguridad familiar, al considerarse que quien solidariamente deja de cumplir de una manera reiterada sus deberes de asistencia económica para con los miembros de su propia familia; una vez que esta se ha disgregado parcialmente por haber mediado una separación conyugal o la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o nulidad, los ha colocado en una situación de abandono ...». Y añade que el objeto de tutela no es en verdad de carácter económico, sino que esta más allá de lo puramente crematístico, ni tampoco quede reducido a una mera desobediencia a la resolución judicial que fijó el montante de las pensiones mensuales. Por fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección Primera), de 13 de abril de 1999 observa que el bien jurídico protegido está relacionado con la seguridad de los miembros de la familia más necesitados de protección, que pueden quedar en una situación de desamparo ante el abandono de los deberes derivados del matrimonio y de la paternidad que se evidencia en el impago de las prestaciones económicas fijadas en el convenio o en resolución judicial.

III. ELEMENTOS DEL DELITO DE IMPAGO

El artículo 227 del Código Penal, cuyo análisis pasamos a analizar, establece:

- «1. El que dejara de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana.
2. Con la misma pena será castigado el que dejara de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.
3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.»

A) Sujetos del delito

En la redacción del artículo 487 bis introducido en la reforma de 1989, el objeto material de este delito estaba constituido por obligaciones económicas establecidas o aprobadas en una resolución judicial relativa a procesos de nulidad, divorcio o separación matrimonial, por

lo cual, los sujetos activo y pasivo del delito eran, respectivamente, aquellos que incumplían dichas prestaciones o que veían frustrado su derecho a recibirlas. El nuevo artículo 227 del Código Penal de 1995 extiende el alcance del delito de impago, comprendiendo en él, además del incumplimiento de las prestaciones económicas derivadas de las crisis matrimoniales, la no realización de aquellas prestaciones que se establezcan con el proceso de filiación o procesos de alimentos a favor de los hijos con la consiguiente ampliación del elemento personal en el delito de impago. En cualquier caso, habrá que estar a las disposiciones del ordenamiento civil regulador del Derecho de Familia para determinar cuando se encuentra un sujeto en algunas de las situaciones a las que se refiere el artículo 227 del Código Penal⁽³²⁾.

Sentadas estas premisas, sujetos activos de este delito únicamente pueden ser los padres o el cónyuge obligado al cumplimiento de la prestación económica establecida en convenio o resolución judicial. No cabe duda de que nos encontramos ante un delito especial, y en tal sentido se pronuncia la doctrina mayoritaria⁽³³⁾. Es opinión dominante asimismo de que se trata de un delito especial propio, dado que la conducta de impago contenida en el tipo constituye la infracción de un deber específico proveniente del ámbito civil que juega como fundamento de la punición y que solo compete a quienes ostentan los elementos exigidos para ser autor, de tal modo que dicho comportamiento sólo puede ser realizado por esos sujetos.

Sujetos pasivos del delito, serán por tanto, el otro cónyuge y los hijos que ostentan el derecho a recibir dichas prestaciones, siempre que se trate de beneficiarios directos de la prestación.

B) El tipo objetivo

La acción típica consiste en dejar de pagar, esto es en eludir la extinción de la obligación asistencial⁽³⁴⁾. La doctrina se ha manifestado de forma unánime⁽³⁵⁾ al considerar este delito como de omisión propia pues la conducta consiste en «dejar de pagar», no precisando de la producción de resultado ulterior alguno⁽³⁶⁾. A este respecto Laurenzo Copello desde la consideración de este delito como de peligro abstracto dice que si bien no es necesaria la perturbación de los bienes tutelados, si habría exigir, en cambio, la posibilidad *ex ante* de lesión de los mismo. Sin embargo, ello no es obstáculo para calificar el delito de impago de pensiones como delito propio de omisión, puesto que esa posibilidad de lesión de los bienes jurídicos establecida *ex ante* no es equiparable a un autentico resultado típico⁽³⁷⁾.

Se trata en definitiva, de un delito de mera actividad y no de resultado, que se consuma por el simple incumplimiento de la obligación, sin exigir que se produzca una efectiva situa-

⁽³²⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 68. En contra de esta opinión, afirma LAURENZO COPELLO, en su contribución más reciente, *cit.*, pp. 75-76, que a diferencia de lo que sucede en los tipos de abandono de familia del artículo 226, en la configuración del tipo que analizamos no es precisa esa remisión, pues se señalan de forma expresa los deberes incluidos en la prohibición. Se recurre al Código Civil, pero no para completar la materia de la prohibición, sino sólo para precisar el sentido y alcance de algunos términos de raigambre iusprivatista, como separación, divorcio, nulidad matrimonial, etc.

⁽³³⁾ Por todos, LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 796.

⁽³⁴⁾ MARCHENA GÓMEZ, M., *op. cit.*, p. 794.

⁽³⁵⁾ Entre otros PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 46; LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 797; GÓMEZ PAVÓN, P., *op. cit.*, pp. 297 y ss.; CARBONELL, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *op. cit.*, pp. 742-743, etc.

⁽³⁶⁾ Esta misma naturaleza de delito de omisión propia es reconocida también por la jurisprudencia. En tal sentido, entre otras, SAP de Asturias, de 6 de abril de 1995: «...se configura como un delito de omisión por cuanto el comportamiento que se sanciona consiste en no llevar a *facto* la conducta legalmente esperada»; SAP de Toledo de 26 de junio de 1995; SAP de Ávila, de 14 de octubre de 1995; SSAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 30 de septiembre de 1996 y 30 de abril de 1997.

⁽³⁷⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 797.

ción de necesidad o de falta de medios por el sustento del beneficiario de la prestación, como consecuencia de la conducta, con lesión o puesta en peligro de la seguridad de la víctima⁽³⁸⁾.

Al reconocer la naturaleza omisiva del delito de impago 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. El sujeto activo infringe el deber de actuar mediante la omisión del pago o cumplimiento de las prestaciones económicas debidas, convirtiéndose éstas en el objeto material del delito⁽³⁹⁾.

La expresión «cualquier tipo de prestación económica» exige, siguiendo a Marchena Gómez, un esfuerzo de delimitación a fin de no dar la espalda a una idea que ha de inspirar la búsqueda de soluciones, esto es, la necesidad de que se trate de prestaciones de genuino carácter asistencial. Por cualquiera de los procesos que el precepto enumera, se puede llegar a generar el débito de cantidades que, en modo alguno, darán lugar a la realización de la conducta típica.

Estas prestaciones económicas se circunscriben en los procesos conyugales a las relativas a la contribución de las cargas del matrimonio (arts. 90 y 103-3.º del CC, los alimentos para los hijos en sentido amplio (arts. 90, 93 y 154 del Código Civil), que habrán de incluir lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación y formación integral y la llamada pensión compensatoria (arts. 90 y 97 del CC). La pensión por desequilibrio puede ser sustituida por alguna de las prestaciones a que se refiere el artículo 99 del Código Civil y el incumplimiento tanto de aquella como de éstas englobaría el tipo del impago de pensiones, máxime teniendo en cuenta que el párrafo 2.º del artículo 227 permite considerar como tal el incumplimiento de cualquier otra prestación establecida de forma conjunta o única⁽⁴⁰⁾.

Como destaca Marchena⁽⁴¹⁾ no son incluibles en su concepto, aquellas otras cantidades que no participen del sustrato asistencial, como acontece, por ejemplo, con las cantidades propias de *litis expensas*, los créditos finales que uno de los cónyuges pueda tener contra el otro en virtud de la liquidación de la sociedad económico matrimonial, si bien respecto de éstas, apunta Narvaez⁽⁴²⁾ las posibles dudas que puede plantear a la luz del artículo 227 párrafo 2.º, para concluir que los supuestos de liquidación de la sociedad conyugal siguen sin estar cubiertos por el tipo penal debido al carácter de *última ratio* que debe tener el Derecho punitivo y a que el criterio seguido por el legislador ha sido el de proteger el pago de prestaciones periódicas a que se haya comprometido el sujeto activo del delito, lo que no sucede en el supuesto analizado.

El artículo 227 del Código Penal de 1995 amplía el supuesto típico del delito de impago a dos nuevas situaciones: el incumplimiento de las prestaciones económicas establecidas en «... proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos». Estará incluida cualquier tipo de prestación acordada, aun cuando sea como medida cautelar, al amparo, por ejemplo, del artículo 128 o del artículo 158 del Código Civil. Entiende Narvaez⁽⁴³⁾ que no estarán incluidos

⁽³⁸⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 130. En el mismo sentido BOLX REIG, J., *op. cit.*, p. 746. En el mismo sentido se pronuncian los Tribunales. Así, la SAP de Zaragoza, sección 1.ª, de 4 de noviembre de 1999, señala que «este delito no requiere la producción de un resultado concreto y basta el impago de las pensiones durante los plazos previstos para incurrir en el tipo. No es necesario que los beneficiarios de la pensión queden en situación de penuria económica». Véase también las SSAP de Ávila de 26 de enero y 22 de junio de 1995; SAP de Toledo de 5 de mayo de 1993; SAP de Teruel, de 11 de marzo de 1991, etc.

⁽³⁹⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 71

⁽⁴⁰⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 83-84, se pronuncia en contra de incluir la pensión compensatoria entre las prestaciones económicas debidas: PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, pp. 47-48, para quien deben regir las normas penales generales sobre desobediencia a ordenes judiciales.

⁽⁴¹⁾ MARCHENA GÓMEZ, *op. cit.*, p. 795.

⁽⁴²⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 139.

⁽⁴³⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 140.

los supuestos de incumplimiento de prestaciones derivadas de un procedimiento de adopción, aún cuando los efectos de la filiación sean los mismos que los específicamente derivados de un proceso de reclamación o de impugnación de la filiación, por razones de tipicidad, al no mencionarlos el tipo penal. Según este criterio, por tanto, quedarán fuera de la protección penal de este artículo, las obligaciones que asuman los acogedores respecto de los menores acogidos a que se refiere el artículo 173 del CC en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996⁽⁴⁴⁾.

Con la incorporación de las dos nuevas situaciones analizadas, algunos autores⁽⁴⁵⁾ entienden que el Código Penal de 1995 viene a corregir aquella situación de injusticia en que se hallaban los hijos extramatrimoniales al exigirse que la prestación incumplida estuviera contenida en una resolución o sentencia judicial vinculada con una nulidad, separación o divorcio, con la que quedaban automáticamente excluidos, llegando incluso a plantearse, como hemos visto, la inconstitucionalidad del precepto por lesionar al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

La prestación económica a que se refiere el precepto deberá ser previamente establecida a través de las dos únicas vías que operan como verdaderos requisitos previos, o bien mediante resolución judicial o a través de un convenio judicialmente aprobado. La idea del Código Penal no es otra que la de contemplar las dos formas posibles de finalización de un procedimiento civil: la contenciosa o la consensual.

El juicio de tipicidad, señala Marchena Gómez⁽⁴⁶⁾ ha de apoyarse, de forma necesaria sobre un pronunciamiento jurisdiccional dictado en el orden civil⁽⁴⁷⁾. Cual sea la forma de esa resolución constituye cuestión debatida. Para algunos autores⁽⁴⁸⁾, los términos «resolución judicial» que aparecen recogidos en el tipo, por su significación genérica, permiten la posibilidad de referirlo a toda clase de resoluciones judiciales, no solo a las resoluciones definitivas, esto es a las sentencias que pongan fin a los procesos matrimoniales, de filiación, o de prestaciones alimenticias, sino también es posible su extensión a las resoluciones acordadas durante su tramitación. Esto implicaría, según Marchena Gómez, quien se opone a esta interpretación, que el impago de las cantidades definidas en el auto que acuerda las medidas previas o provisionales a que se refieren los artículos 102, 103 y 104 del Código Civil podría suponer la presencia de una conducta típica. Para este autor esa opción supone, además de resucitar la proscrita figura de la prisión por deudas, desconocer el procedimiento y naturaleza de ese expediente procesal de medidas previas o provisionales (hoy denominadas, tras la Ley 1/2000, de 7 de enero, medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio y medidas provisionales

⁽⁴⁴⁾ Este precepto establece como obligaciones del acogedor respecto del menor acogido las de velar por él, tenerle en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurar una formación integral (art. 173-1.º CC) En materia de prestaciones económicas que constituyen el objeto material del delito, las Audiencias Provinciales se han pronunciado repetidas veces en torno a la previsión contenida en el artículo 93.2 del Código Civil, conforme al cual, «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y ss. del Código Civil». Véase, entre otras, SAP de Granada, de 26 de junio de 1993; SAP de Asturias, de 8 de noviembre de 1993; SAP de Lugo, de 22 de noviembre de 1993; SAP de La Rioja, de 16 de junio de 1995 y SAP de Valladolid, sección 2.ª, de 7 de julio de 1998.

⁽⁴⁵⁾ LAURENZO COPELLO, P. / SILLERO CROVETTO, B., *op. cit.*, pp. 150 y 151. De otra opinión, BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 88, concluyendo que estas situaciones eran reconducibles ya, en el Código derogado, al abandono de familia en sentido estricto.

⁽⁴⁶⁾ MARCHENA GÓMEZ, M., *op. cit.*, p. 795.

⁽⁴⁷⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 78, califica por ello el delito de impago como un tipo de remisión que emplea la técnica de la ley penal en blanco, puesto que la conducta descrita en el artículo 227 del CP depende de la presencia de unos presupuestos como elementos objetivos del tipo y tienen su origen y formulación en otros sectores del ordenamiento jurídico distintos del Derecho Penal. El primero de esos elementos o presupuestos extrapenales del delito de impago es el requisito de la existencia previa de una intervención judicial que, conforme a las disposiciones reguladoras de los procesos de crisis matrimoniales, determina las obligaciones económicas que constituyen el objeto material del delito de impago.

⁽⁴⁸⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 132; CARBONELL/GONZÁLEZ CUSSAC, *op. cit.*, p. 747; LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 798.

derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio) y sobre todo su carácter provisorio o interino. Tras una comparecencia y la concentrada práctica de pruebas que aquélla permite, el juez se pronuncia sobre la fijación de la cantidad reivindicada, decisión que está llamada a ser sustituida por la cantidad final que se fije en la sentencia definitiva, tras un proceso presidido por los principios de contradicción y defensa. Argumenta asimismo que el carácter interino de esa cantidad definida en medidas provisionales se hace mucho más evidente cuando se repara en el singular medio impugnativo que arbitra la LEC: no cabe recurso, sino un incidente de oposición, tramitado en pieza separada en los términos que regula el artículo 1.900 LEC. Esta idea, entiendo, se vería hoy corroborada por la nueva regulación que la Ley 1/2000, de 7 de enero, confiere a esta materia, pues el artículo 773-3 establece que no se dará recurso alguno contra el auto que resuelva sobre la solicitud de medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Abunda el autor referido en su oposición a que el auto que acuerda las medidas a que se refieren los artículos 102, 103 y 104 del Código Civil pueda tener cabida en el termino «resolución judicial» a que se refiere el precepto que comentamos y ello porque teniendo en cuenta la reforma operada en el ámbito de la responsabilidad civil, a la que posteriormente aludiremos, por la que se impone un pronunciamiento indemnizatorio que abarque «el pago de las cuantías adeudadas», podría implicar que un Juez penal condene, en vía de responsabilidad ex delicto, al abono de una cantidad sensiblemente superior a la que el Juez civil ha reputado en último término, idónea y ajustada a la verdadera situación de necesidad y posibilidades económicas de las partes en conflictos⁽⁴⁹⁾.

No incluye, sin embargo, el auto de medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación y divorcio (según denominación de la nueva LEC) a que se refiere el artículo 104 del Código Civil, por tener un período de vigencia de un mes, inferior a los dos meses que contempla el artículo 227 CP, salvo que se ratifique la demanda, si se presenta en el plazo citado, criterio que asimismo acoge la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado.

Las mismas consideraciones realiza respecto de los autos que acuerdan medidas cautelares en los procesos de filiación y de prestación de alimentos a favor de los hijos, a lo que se opone Marchena, en los términos antes expuestos, dado el carácter provisional de estas medidas⁽⁵⁰⁾.

En todo caso la resolución judicial que acuerde la imposición de las medidas debe ser notificada al interesado, siendo conveniente además su notificación personal, sin que sea necesario que se solicite la ejecución forzosa en el procedimiento civil⁽⁵¹⁾.

El artículo 227 alude asimismo a la prestación establecida en «Convenio judicialmente aprobado», que presenta contornos mucho más claros en cuanto a su delimitación dado que, como expone Narvaez Rodríguez, quedarán excluidos del tipo penal todos los supuestos de incumplimiento de prestaciones derivadas de convenio autorizado por Notario, o los no sometidos a refrendo judicial derivado de una mera separación de hecho⁽⁵²⁾.

Analizamos a continuación y como colofón del estudio del tipo objetivo otras cuestiones relevantes del mismo. En primer lugar la relativa a si la conducta típica exige el cumplimiento total de las prestaciones debidas o si, por el contrario, es suficiente para entender que

⁽⁴⁹⁾ MARCHENA GÓMEZ, M., *op. cit.*, pp. 795-796.

⁽⁵⁰⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 133 y MARCHENA GÓMEZ, M., *op. cit.*, p. 797.

⁽⁵¹⁾ Así lo corroboran los autores, entre otros BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 82, así como la circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado.

⁽⁵²⁾ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en «Comentarios al Derecho Penal», 1.ª edición 1997, editorial Civitas. pp. 666, 667 y 668, excluye del ámbito de protección de la norma las prestaciones económicas establecidas en convenio no homologables judicialmente.

se ha realizado el tipo penal con incumplimientos parciales de dichas obligaciones. Según Bernal⁽⁵³⁾, habrá que distinguir dos supuestos: de un lado, aquellas prestaciones establecidas a favor de varios beneficiarios cuando sólo se incumple la debida a uno de ellos. Y otro supuesto diferente es aquel en que se omiten cumplimientos «parciales» de la obligación o de las obligaciones establecidas, dejando de satisfacer el resto de la cantidad concretada en la prestación hasta llegar a la totalidad.

En cualquier caso, habrá supuestos de incumplimiento parcial de las prestaciones que no deben considerarse punibles, conclusión a la que llega tanto un sector de la doctrina científica⁽⁵⁴⁾, como diversas resoluciones doctrinales. En este sentido, para el caso en que el incumplimiento parcial se refiera a cada una de las prestaciones que el obligado deba satisfacer, encontramos la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 1.^a, de 30 de abril de 1997, que considera punible el pago parcial, opinando en contra –y éste es el criterio predominante–, entre otras, la SAP de Murcia, sección 4.^a, de 2 de septiembre de 1998, que resuelve el supuesto en que la obligación ha venido cumpliéndose en sus dos terceras partes, y sin perjuicio de que se trate de un cumplimiento parcial o defectuoso sancionable en la vía civil, ha de aplicarse el principio pro reo, al no haberse acreditado que en las fechas a que la acusación se refiere existía una disponibilidad económica suficiente en el acusado para el cumplimiento íntegro de la prestación, habiendo evidenciado en sus actos afán de cumplimiento. Así mismo, entre otras, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2.^a, de 14 de enero de 2000, que contemplan la atipicidad de la conducta del acusado por considerar que no es constitutiva del tipo el entregar cantidades por estos conceptos todos los meses, aunque en cuantía muy inferior a la pactada. En cualquier caso, y como señala la STS de 13 de febrero de 2001, no basta para colmar el tipo la existencia de meras irregularidades y retrasos en el pago de la pensión.

La naturaleza omisiva del delito de impago exige no solamente el incumplimiento objetivo de las prestaciones que integran la obligación de actuar, sino que requiere además como presupuesto necesario de la relevancia típica de dicha omisión, la «capacidad personal del obligado en orden al cumplimiento de sus obligaciones». Así, la SAP de Lleida, secc. 1.^a, de 14 de abril de 2000, absuelve al acusado por estimar, entre otros argumentos, que el obligado es toxicómano en rehabilitación y se halla en Centro Penitenciario, hecho éste por el cual no puede atender los pagos; en la SAP de Málaga, de 5 de abril de 2000, resulta acreditado que el impago se produjo como consecuencia de que los ingresos del acusado quedaron mermados de modo que sólo permitían hacer frente a sus necesidades básicas; por el contrario, no justifica el impago, según la SAP de Palencia, de 27 de marzo de 2000, el hecho de que el obligado se halle en situación de enfermedad y no perciba prestaciones durante este período, si goza de una holgada situación económica por poseer un amplio patrimonio.

No hay acuerdo, sin embargo, sobre si la ausencia de la mencionada capacidad de pago excluye la tipicidad o la antijuricidad de la conducta. Pérez Manzano distingue los supuestos de insolvencia del obligado, que carece por ello de medios para satisfacer la prestación, incapacidad que pertenece al tipo, de aquella situación de empeoramiento de su economía por

⁽⁵³⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 71 y ss.

⁽⁵⁴⁾ PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 47, quien, atendiendo al principio de intervención mínima del derecho penal, considera que los incumplimientos parciales de pequeña cuantía pueden calificarse de *bagatela* y no ser merecedores de castigo penal. Por su parte, LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 801 recorta la aplicación del tipo por la vía de la interpretación restrictiva del mismo, excluyendo de la conducta típica aquellos casos de incumplimiento que no ponen en peligro la seguridad de los bienes fundamentales de los beneficiarios.

la que le resulta demasiado difícil realizar la prestación, que deberá ser analizada dentro del ámbito de la antijuricidad⁽⁵⁵⁾.

En el ámbito procesal también tiene repercusión esta cuestión ya que en la práctica judicial se ha podido observar como se trasladaba al inculpado la carga de probar que el impago no le sería exigible por falta de capacidad económica y ello porque se entendía que la capacidad económica del mismo es un elemento perteneciente al ámbito de las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal. En cambio, la consideración de la capacidad económica del sujeto como un elemento perteneciente al tipo tiene el efecto de invertir la carga de la prueba, ya que correspondería al acusador probar la concurrencia de los elementos de la infracción que se imputa⁽⁵⁶⁾.

Para la comisión de este hecho delictivo es preciso, como indica el apartado 1.º del artículo 227 del Código Penal, que se deje de abonar la prestación durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos⁽⁵⁷⁾. La exigencia de este requisito no ha estado exenta de críticas, así se ha señalado que el simple transcurso del tiempo concretado en unos plazos tan cortos no permite justificar la tipificación de la omisión de las prestaciones debidas.

El requisito del transcurso de los plazos legales en el anterior artículo 487 bis, impedía resolver el problema del incumplimiento de las prestaciones que se establecen en las resoluciones judiciales con una periodicidad no mensual, lo que se entiende resulta en el artículo 227 del nuevo Código Penal cuando señala la misma pena que la prevista para la omisión en el cumplimiento de las prestaciones periódicas, al «que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior».

Así como el primero de los plazos no suscita ninguna dificultad pues para que se cumpla este elemento típico basta con que se deje de abonar la prestación durante dos meses seguidos, sí, en cambio, ha planteado importantes problemas interpretativos el segundo de ellos. La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990 ofrece como solución verificar previamente si las tres prestaciones anteriores incumplidas (las cinco anteriores en el antiguo Código penal sobre el que se basa la Circular) eran exigibles al momento de producirse el incumplimiento de la cuarta (sexta anterior) o, por el contrario, habían prescrito, todas, alguna, o algunas de ellas, en cuyo caso las prescritas no se incluirían en el conjunto. De todos los modos habrá que estar a cada caso concreto y ponderar el elemento culpabilidad para incriminar o no la conducta. De igual forma habrá de valorarse también el propio plazo de prescripción del delito, el cual interrumpe el cómputo de los plazos que integraban una conducta delictiva.

⁽⁵⁵⁾ Véase PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 49. LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 802, comentando esta tesis, sostiene que tanto si el obligado carece de medios incluso para mantenerse a sí mismo, como si los que dispone sólo alcanzan para su propia subsistencia, habrá de negarse la capacidad de acción, puesto que en ambas situaciones se encuentra impedido de «pagar» a tercero. Si las dificultades de pago derivan de la existencia de otros deberes asistenciales, se plantearía un conflicto a resolver en el ámbito de la antijuricidad.

⁽⁵⁶⁾ La SAP de Soria, de 27 de mayo de 1997, considera la imposibilidad sobrevenida del acusado de hacer frente a sus obligaciones del pago de pensiones, como excluyente de la culpabilidad pudiendo considerarse como causa de inexigibilidad de otra conducta o como estado de necesidad; sin embargo, la SAP de Barcelona, sección 8.ª, de 5 de septiembre de 2000, expone que «la capacidad económica del sujeto activo de esta figura delictiva, lejos de constituir una circunstancia excluyente del injusto, básicamente estado de necesidad, o una causa de inexigibilidad, que obligaría al autor a efectuar la carga probatoria de dicha incapacidad económica, constituye un presupuesto típico que obligará a quien acusa a prestar prueba de cargo bastante sobre este extremo». En su reciente monografía, *cit.*, p. 83, cita LAURENZO COPELLO otras sentencias que corroboran este mismo criterio. Así, SAP de Gerona (Sección Tercera), de 11 de febrero de 2000 y SSAP de Barcelona: Sección Octava, de 23 de febrero de 2000 y Sección segunda, de 11 de febrero de 2000.

⁽⁵⁷⁾ PRATS CANUT, J. M., *op. cit.*, p. 1071, afirma al respecto que el endurecimiento que sufre el precepto frente a los tres meses seguidos o seis alternos exigidos por el artículo 487 bis del antiguo CP, obliga a extremar el rigor en la interpretación; para SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *op. cit.*, pp. 666 a 668, la modificación en relación con el texto anterior no encuentra fácil explicación desde el punto de vista político-criminal por cuanto la incriminación de estos comportamientos supone en cierta medida, la introducción en el C.P. de la denostada *prisión por deudas*.

Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal y la reducción de las mensualidades establecidas en el mismo respecto de este delito, es evidente que esta nueva descripción típica, más gravosa que la del precedente artículo 487 bis, sólo podrá ser de aplicación a los hechos cometidos con posterioridad a dicha fecha, pero si el incumplimiento fuese anterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal y reuniera los requisitos de periodicidad en aquél exigibles, entiende Narvaez Rodríguez, que debe ser de aplicación la nueva normativa por ser más beneficiosa la pena prevista en el artículo 227 del Código Penal⁽⁵⁸⁾.

C) El tipo subjetivo

El delito de impago de pensiones responde sin lugar a dudas a las características de un tipo de comisión dolosa⁽⁵⁹⁾, criterio unánimemente aceptado por la doctrina. La configuración de los elementos objetivos del tipo exige la consciente voluntad del sujeto de incumplir las prestaciones que debe realizar, requiriendo asimismo que el dolo de quien omite el pago de la prestación debida abarque la conciencia de la posibilidad de su cumplimiento. Sin embargo la voluntad de dañar la seguridad económica de los beneficiarios de las prestaciones no resulta necesaria para apreciar el dolo, aunque sirva para determinar su intensidad.

El mayor problema práctico que genera la apreciación de este elemento es el de su prueba, sobre todo teniendo en cuenta que el previo requerimiento de pago al sujeto activo no es elemento de este delito ya que la sentencia tiene fuerza obligatoria por sí misma sin que necesite de un posterior requerimiento.

Con el Código Penal derogado, que contenía –como es bien sabido– una cláusula general de incriminación de la imprudencia, se discutía la eventual admisión de un impago de pensiones imprudente⁽⁶⁰⁾. Con el nuevo sistema de incriminación expresa de la imprudencia, establecido en el artículo 12 CP, ya no tiene sentido este debate.

D) La antijuricidad

En el impago de pensiones son imaginables numerosas situaciones de conflicto que pueden dar lugar a la aplicación de la eximente de estado de necesidad, en particular su vertiente de conflicto de deberes.

Deben excluirse de la posible concurrencia del estado de necesidad en el delito de impago, los supuestos de incumplimiento de las prestaciones debidas a falta de medios por parte del obligado, ya que estos supuestos operan, como hemos visto, en el ámbito de la tipicidad⁽⁶¹⁾.

Se plantearán auténticos supuestos a resolver en la antijuricidad, cuando el deudor de la obligación que deja total o parcialmente incumplida, omita el pago de la prestación porque

⁽⁵⁸⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 142.

⁽⁵⁹⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 88 y ss.; PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 51; LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pp. 802-803; CARBONELL, J. C./GONZÁLEZ CUSAC, *op. cit.*, pp. 746-747, entre otros.

⁽⁶⁰⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 804, entendía que no existían argumentos decisivos para restringir el tipo a la comisión dolosa, si bien reconocía que ello conduciría a una ampliación del tipo difícilmente compatible con el principio de proporcionalidad de las penas. Admitieron, por ejemplo, la punibilidad de la conducta imprudente, las sentencias AP de Teruel, de 2 de marzo de 1991 y AP de La Coruña, de 4 de mayo de 1992.

⁽⁶¹⁾ De esta opinión BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 92, y LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 804, entre otros. Se muestran contrarios a la misma autores como GÓMEZ PAVÓN, P., *op. cit.*, p. 922, y PÉREZ MANZANO, M., *op. cit.*, p. 49, que relegan la cuestión a la culpabilidad atribuyendo la causa de exculpación a la inexigibilidad de otra conducta.

deba satisfacer simultáneamente otras prestaciones u obligaciones diferentes, también jurídicamente exigibles, operando el estado de necesidad justificante cuando la obligación o el deber incumplidos sea de menor entidad o valor que las obligaciones con las que entra en conflicto. La solución de este conflicto de deberes deberá, por lo tanto, determinar cual de las diversas obligaciones debe considerarse de preferente cumplimiento, mediante una ponderación de los deberes que entran en juego, lo que exige, según Lorenzo⁽⁶²⁾, analizar las diferentes circunstancias que concurren en cada caso particular, tanto las referidas a los sujetos activo y pasivo como de otra índole lo que puede dar lugar a soluciones diferentes en casos específicos.

Se consideran de cumplimiento preferente, según Bernal⁽⁶³⁾, teniendo en cuenta el bien jurídico de la seguridad personal y el sustento y necesidades de los beneficiarios de cada una de las prestaciones, aquellas obligaciones pecuniarias que se dirijan a cubrir las necesidades más elementales de subsistencia.

E) Culpabilidad

Según la doctrina dominante, no se plantean aquí especialidades dignas de mención, debiendo atenderse especialmente a la posibilidad de apreciar error de prohibición.

En el supuesto bastante frecuente en la práctica de que el padre deje de pagar porque en el mismo período ha realizado gastos a favor de su hijo por un importe equivalente, no puede considerarse cumplido el deber pero podría dar lugar a la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados (art. 14 NCP) por apreciación de un error de prohibición vencible. Distinto es el caso de que el obligado se haga cargo en la práctica de diversos gastos de contenido asistencial, al quedar cubiertas las necesidades asistenciales del menor habrá de excluir la peligrosidad *ex ante* de los incumplimientos en el pago de la pensión, lo que no excluye la apreciación de un posible delito o falta de desobediencia, al margen de las correspondientes medidas civiles.

F) Formas de aparición

El delito se consuma por la omisión de la prestación debida cuando transcurran automáticamente los plazos legales de dos meses consecutivos o de cuatro alternativos o bien, en la segunda de las modalidades, con el simple incumplimiento de la prestación en los casos en que el cumplimiento de ésta no fuera periódico. La doctrina se ha mostrado contraria a la aceptación de formas imperfectas de ejecución. La realización de determinadas actividades dirigidas a evitar el pago de las prestaciones será castigada no como actos preparatorios o de tentativa del delito de impago, sino como el concreto delito tipificado en el Código Penal si la actividad desplegada fuera constitutiva del mismo⁽⁶⁴⁾.

Analizando por otra parte la participación en el delito, se ha de tener en cuenta que su naturaleza de delito especial propio, no permite la coautoría, pero sí el resto de las formas de participación. Cualquiera que ayude al autor a conseguir su propósito de no realizar los pagos debidos será considerado cómplice⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶²⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 805.

⁽⁶³⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 92 y 93.

⁽⁶⁴⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pp. 809 y 810, sostiene la posibilidad de apreciar tentativa en el delito de impago.

⁽⁶⁵⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, p. 94.

G) Concursos

Los problemas que la concurrencia de este delito con otras figuras delictivas pudiera suscitar, ya fueron analizados al tratar la materia relativa al bien jurídico protegido por el mismo, por lo que el objeto de análisis se centra en la posible concurrencia de varios supuestos de impago de prestaciones cometidos por un mismo sujeto. Es frecuente que el convenio o resolución judicial imponga a uno de los cónyuges más de una prestación económica con beneficiarios diferentes (por ejemplo, pensión compensatoria a favor del cónyuge y alimentos debidos a los hijos del matrimonio), dejando incumplidas todas o algunas de ellas, aunque cabe también que esas distintas prestaciones hayan sido establecidas en resoluciones judiciales diferentes. La solución es considerar que hay dos delitos en concurso ideal en cada uno de los supuestos contemplados⁽⁶⁶⁾ y que se castiga conforme a las reglas del concurso ideal de delitos, conforme a la regulación contenida en el artículo 77 del Código Penal.

Distinto del anterior es el supuesto de que el sujeto deba realizar una única prestación que deja de cumplir durante un período de tiempo superior al legalmente previsto, siendo fraccionable ese incumplimiento en varios períodos de impagos punibles diferentes. Debe rechazarse toda solución basada en la idea de delito permanente. La consumación se produce en los plazos señalados en el tipo, antes de ese momento faltarán elementos del tipo y no existirá aún la situación antijurídica que constituye el injusto de este delito. Una vez producida la consumación, el delito deja de realizarse, sin perjuicio de que aparezcan ulteriores omisiones que, de cumplirse nuevamente los plazos, dan lugar a la nueva realización del delito.

Lo dicho permite partir, siguiendo a Laurenzo, de que cada vez que se completa uno de los períodos establecidos en el tipo, se habría realizado íntegramente el delito, de tal modo que, de persistir las omisiones durante plazos más prolongados, habría un concurso real de delitos⁽⁶⁷⁾. Pero también cabrá la posibilidad de apreciar un delito continuado en los términos recogidos por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1990 donde sostiene la posibilidad de recurrir al artículo 69 bis (hoy art. 74 del CP) «pues se da unidad de intención o dolo y la idéntica ocasión»⁽⁶⁸⁾.

En contra, se argumenta que se trata de infracciones que afectan a bienes jurídicos eminentemente personales y la aplicación del delito continuado está vedada por lo dispuesto en el precepto mencionado, aunque nada debería impedir que la lesión reiterada a un bien jurídico personalísimo de un mismo sujeto pasivo le fuera aplicable la continuidad delictiva según sostiene Sanz Morán, no así si las infracciones sucesivas se dirigen contra sujetos pasivos diversos respecto de los que surgirían una lesión del bien jurídico diferente que impediría apreciar la unidad delictiva, y por lo tanto el delito continuado⁽⁶⁹⁾.

H) Penalidad y perseguibilidad

La conducta descrita en el artículo 227 CP, conllevaba originariamente una pena de arresto de ocho a veinte fines de semana, extremo éste sobre el que incide la única modificación del

⁽⁶⁶⁾ Coinciden en esta tesis BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 94 y 95, que cita a SANZ MORÁN, A. «El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa», Valladolid, 1986, pp. 149-151 y 212-213, y LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 810.

⁽⁶⁷⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, pp. 811-812.

⁽⁶⁸⁾ En este sentido se pronuncia la SAP de Sevilla, sección 1.ª, de 25 de junio de 1997. Por su parte, la SAP de Asturias, de 21 de marzo de 1996, admite la existencia de un delito permanente.

⁽⁶⁹⁾ BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 95 y 96.

precepto, por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, pasando a ser dicha pena de «prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses». Ello como fruto de la desaparición, en la mencionada reforma, de la pena de arresto de fin de semana.

En esta materia se ha introducido una importante novedad en el Código Penal de 1995 en relación con la anterior naturaleza del delito que le otorgaba el artículo 487 bis del Código Penal de 1973, pues, a diferencia de éste, que le conceptuaba como delito público y por consiguiente perseguible de oficio sin necesidad de la previa denuncia, en el nuevo Código Penal el artículo 228 lo configura ya como un delito semipúblico que precisa para su perseguibilidad de la previa denuncia «de la persona agraviada o de su representante legal», si bien, «cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

Igualmente, al no preverlo expresamente y por aplicación del artículo 130-4.º del nuevo Código Penal, el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad criminal.

Finalmente, la Circular 2/96 de la Fiscalía General del Estado atiende al problema de la sucesión de normas respecto de aquellos casos que, al amparo de la vigencia del artículo 487 bis anterior, hubieran iniciado su andadura procesal de oficio, sin haberse formulado denuncia, considerando que en tales casos es precisa la subsanación de este requisito de perseguibilidad de tal manera que, requerido el agraviado para que formule la denuncia, de no hacerlo éste, debe acordarse el archivo de las actuaciones ⁽⁷⁰⁾.

1) Responsabilidad civil

El propio contenido de la conducta delictiva, que se traduce en la falta de percepción de una cantidad de dinero por los sujetos pasivos, hace especialmente importante determinar el alcance de la responsabilidad civil y cuestionarse si ésta debe abarcar las cuotas impagadas que han dado lugar a la consumación del delito. Se trata de una cuestión que suscitó una amplia controversia no solo entre la doctrina sino en las resoluciones de los tribunales en que se advertía la falta de unanimidad a la hora de resolver este tema, optando en ocasiones por incluir dentro de la responsabilidad civil las cantidades adeudadas, línea que fue apoyada por la Fiscalía del Tribunal Supremo, pero que no fue secundada por la mayoría de las resoluciones.

En ocasiones se ha respondido afirmativamente a esta cuestión sobre la base de considerar que es el impago el que efectivamente produce la lesión del bien jurídico protegido (la seguridad de los sujetos pasivos) considerando así que las mensualidades no pagadas constituyan el daño ocasionado por el delito, por lo que debían incluirse dentro de las previsiones del artículo 101-2.º del anterior que señalaba como comprensiva de la responsabilidad civil derivada del delito la reparación del daño causado ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, pp. 143 y 144.; PRATS CANUT, J.M., *op. cit.*, p. 1072 y MARCHENA GÓMEZ, M., *op. cit.*, pp. 799-800.

⁽⁷¹⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 815. En su monografía más reciente, *cit.*, p. 110, sostiene que ninguno de los argumentos resulta suficiente para conceder a esas deudas el carácter de perjuicios causados por la comisión del delito, como establece el artículo 109 del Código Penal. Al contrario, la propia existencia de la deuda, lejos de ser una consecuencia de la infracción penal, constituye en realidad el presupuesto básico del surgimiento de delito. Y BERNAL DEL CASTILLO, J., *op. cit.*, pp. 96 y 97, siguiendo la tesis al respecto expuesta por DE VEGA RUIZ.

En apoyo de este argumento, la circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990 instó a los fiscales a solicitar el importe de dichas cantidades en concepto de reparación del perjuicio causado, postura en la que insiste la consulta 1/1993 de la Fiscalía General del Estado.

Esta situación fue calificada por Bermúdez Ochoa ⁽⁷²⁾ como «claramente perturbadora y atentatoria contra los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, por venir resolviéndose de forma distinta supuestos sustancialmente idénticos» y formula la tesis contraria a la condena en concepto de responsabilidad civil, del importe de las prestaciones económicas no satisfechas, aludiendo en primer lugar a la naturaleza de la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, que sigue sometida a las normas de esta naturaleza y por tanto a los principios dispositivo y de aportación de parte que rigen en dicho proceso, sin que resulte desnaturalizado por el hecho de su ejercicio conjunto con la acción penal.

Desde el punto de vista sustantivo y de protección del bien jurídico, las cantidades adeudadas son el contenido de una obligación de naturaleza civil, previa a la conducta típica y no una consecuencia de ella, siendo además dichas obligaciones el objeto material preexistente del delito y el presupuesto del mismo. Por lo tanto, no pueden considerarse esas cantidades como un daño o perjuicio surgido con la omisión de las prestaciones.

Desde el punto de vista de la ejecución de las sentencias, debe tenerse en cuenta que al tratarse de obligaciones civiles, nacidas en el ámbito del derecho privado, esas obligaciones son directamente ejecutables en vía civil y, como ha declarado el TC, impide que pueda utilizarse un Órgano de distinta jurisdicción para garantizar la ejecución de los pronunciamientos efectuados por otra Jurisdicción ignorando las garantías específicas.

Otro argumento, vinculado al de la prisión por deudas, es que de admitirse la exigencia de las mensualidades no pagadas por vía penal, se estaría « propiciando la denuncia y persecución de estos delitos valiéndose de la amenaza legal de la pena, para la obtención del cobro de la prestación económica» ⁽⁷³⁾.

Sin embargo y a pesar de las críticas formuladas al respecto, el Código penal de 1995 se pronuncia expresamente sobre este tema y toma partido por la postura minoritaria. Así el nuevo artículo 227-3 establece: «la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas». Esta regulación no se contemplaba en el Proyecto de Código Penal de 1992 y se introdujo en el Proyecto del Código actual por enmienda del Grupo Socialista, que justificaba la inclusión por motivos de economía procesal y así no tener que acudir a un proceso civil.

De conformidad con este precepto, sostiene Narváez ⁽⁷⁴⁾ que los pronunciamientos penales condenatorios por este delito deberán incluir, también, en concepto de indemnización, el total de las cuantías a que ascienden las prestaciones pecuniarias impagadas. Ahora bien, no podrá reclamarse más deuda que la existente a la fecha de la calificación provisional formulada por las acusaciones y, una vez satisfecha la misma en la ejecutoria del proceso penal, habrá de ser comunicada al Juez civil, para evitar un hipotético enriquecimiento injusto.

⁽⁷²⁾ BERMÚDEZ OCHOA, E., «El problema de la responsabilidad civil en el delito de abandono de familia por impago de pensiones del artículo 487 bis del Código penal, en Actualidad Penal núm. 21/23, 1994, pp. 425-426.

⁽⁷³⁾ LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 816 que cita a DE VEGA RUIZ. La jurisprudencia no era proclive a admitir en concepto de responsabilidad civil las cantidades adeudadas. Véase, entre otras muchas, SAP de Sevilla, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 1994; SAP de Toledo, sección 1.ª, de 26 de junio de 1995; SAP de Zaragoza, sección 1.ª, de 23 de diciembre de 1995; SAP de Segovia, de 22 de enero de 1996 y SAP de Las Palmas de Gran Canaria, sección 2.ª, de 30 de noviembre de 1996. En sentido contrario, sin embargo, puede citarse la SAP de Sevilla, de 30 de junio de 1993.

⁽⁷⁴⁾ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., *op. cit.*, p. 149.

Finalmente, continúa este autor, tampoco parece posible aplicar a este delito la previsión de pago fraccionado de la responsabilidad civil previsto en el artículo 125 del nuevo Código Penal, en caso de insuficiencia de bienes para satisfacer el total importe de las prestaciones impagadas, pues tal decisión podría entrar en franca contradicción con la precedente resolución del Juez civil y los plazos de pago por él establecidos en el procedimiento civil correspondiente.

J) Conclusiones

1. Puesto que la tipificación del impago de pensiones no se consideraba, por muchos autores, necesaria, desde la perspectiva de los principios de intervención mínima y proporcionalidad, es esta perspectiva la que ha concitado los mayores ataques doctrinales, cuestionándose incluso la constitucionalidad del precepto: por un lado, por referirse sólo al incumplimiento de obligaciones de tipo económico, dejando a un lado los de naturaleza no económica, que también son objeto de aprobación por resoluciones judiciales recaídas en supuestos de crisis matrimoniales; y por otra parte, por entender los críticos que resultaba contraria al principio de igualdad, recogido en el artículo 14 CE, la protección exclusiva de un modelo de familia, si bien el propio Tribunal Constitucional, así como la nueva redacción del precepto, por el Código Penal vigente, extienden sin duda la protección también a los hijos extramatrimoniales.

2. De ahí la importancia de delimitar correctamente el bien jurídico protegido por esta figura delictiva, inclinándonos, con la doctrina mayoritaria, a ver en ella un delito contra la familia: se pretende la protección de quien, en las situaciones de crisis, padece las consecuencias del incumplimiento por parte del obligado a prestar asistencia.

3. Dada la previa existencia de una resolución derivada de un procedimiento civil o un convenio de los que surge la obligación cuyo incumplimiento se castiga a través de la figura que nos ocupa, sería deseable que antes de poner en conocimiento de la autoridad judicial los hechos incriminados, se inste la ejecución de la correspondiente resolución civil.

4. Por lo demás, la presente contribución intenta dar cuenta de los principales problemas interpretativos que suscita la figura delictiva analizada, según han puesto de manifiesto la doctrina y la jurisprudencia existente en torno a la misma, que aquí hemos procurado recoger en forma resumida, tomando posición donde parecía necesario.