

TRATAMIENTO PENAL DE LAS OBLIGACIONES ECONOMICAS DERIVADAS DE LA RELACION JURIDICA-FAMILIAR

ALBERTO PANIZO Y ROMO DE ARCE
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

*I. Introducción.—II. El artículo 487 del Código penal.—
III. El artículo 487 bis del Código penal.—IV. Con-
clusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El Capítulo III del Título XII del Código penal contempla una serie de tipos delictivos bajo el epígrafe «De los delitos contra la libertad y seguridad de las personas», en donde también tienen cabida las conductas derivadas del incumplimiento de las obligaciones económicas que el matrimonio comporta, y que son tuteladas por el ordenamiento penal. Tres son los delitos de esta naturaleza tipificados en el citado Capítulo: el incumplimiento del deber de asistencia inherente a la patria potestad, tutela o matrimonio (art. 487); el incumplimiento de la prestación económica al cónyuge, establecido mediante resolución judicial en los supuestos de nulidad, separación, divorcio o aprobación de convenio regulador (art. 487 bis); y el abandono de menores de siete años por parte de la persona encargada a su guarda o sus padres (art. 488); así como la entrega a un establecimiento público, o a otra persona, de un menor por parte de quien tiene a su cargo la crianza o educación, sin el consentimiento de la autoridad o de quien lo hubiere confiado (art. 489). De los citados preceptos, son los artículos 487 y 487 bis los que hacen referencia directa al cumplimiento de obligaciones económicas.

Dado el carácter del tema, nos centraremos en las conductas tipificadas en el Capítulo III del Título XII del Libro II del Código penal, que comportan una especial consideración hacia el elemento crematístico de la

acción punible; esto es: el artículo 857, al regular el abandono de familia, consistente en la dejación voluntaria de los deberes elementales de asistencia económica al cónyuge y a los hijos a través de la negativa a la prestación de alimentos, contemplada en el artículo 146 y concordantes del Código civil —sin perjuicio de otros deberes asistenciales de índole moral—, dentro de aquellas situaciones en las que *de iure* no puede hablarse de crisis matrimonial; y, por otra parte, el artículo 857 bis del Código penal que ilustra una tipificación novedosa en la que el legislador incorpora al Texto legal una discutida modalidad de «abandono de familia», consistente en el impago de prestaciones económicas, establecidas judicialmente mediante sentencia firme, dejando al margen, y desaprovechando, un sistema que garantice su pago con los mecanismos de naturaleza ejecutiva que el ordenamiento civil pone en manos del acreedor para el pago de la deuda, encontrándonos dentro de un tipo penal fruto del sensacionalismo oportunista referido a situaciones que merecen una regulación más técnica desde el punto de vista jurídico, y en las que apelar al sistema punitivo en el aseguramiento y garantía de obligaciones de naturaleza civil, implica como ha dicho la doctrina¹ una inversión axiológica preordenada al abuso y a la incorrecta aplicación de los medios propios del principio de legalidad criminal y penal, obedeciendo tal modo de proceder a un claro ejemplo paradigmático de contraindicación político-criminal en lo que respecta a las exigencias tuitivo-integradoras en las que se ha de basar la configuración y *ratio legis* de las normas penales.

II. EL ARTÍCULO 487 DEL CÓDIGO PENAL

a) *Tipo básico, requisitos y bien jurídico protegido*

Establece el artículo 487 C.p. que «Será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 ptas. el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1. Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.
2. Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.

El que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge, será castigado con la

¹ Vid. POLANCO NAVARRETE, *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XIV, vol. 2.º (La Ley Orgánica de 21 de junio de 1989, de actualización del Código penal), Madrid 1992, pág. 822.

pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de ptas.

En todo caso, el Tribunal podrá acordar la privación del derecho de patria potestad o de tutela que tuviere el reo.

El delito previsto en este artículo se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal.

El perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente.»

El tipo básico consiste en incumplir los deberes legales de asistencia, en sentido general, que incumben a los cónyuges, padres o tutores, constituyendo delito esta acción si va acompañada del abandono del domicilio familiar o de una conducta desordenada a la que hace referencia el precepto penal, de tal forma que no es suficiente el simple incumplimiento de los deberes asistenciales económicos², sino que además es necesario que se realicen otros comportamientos que integran el tipo señalado. Junto a esta regulación, encontramos un tipo cuantificado constituido por el caso en que el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se encontrasen necesitados.

Se ha discutido por la doctrina si estamos ante un delito de acción o de omisión³, siendo opinión generalizada a nivel jurisprudencial la imposibilidad de la comisión por acción. Sin embargo, estimamos que la conducta punible es perfectamente susceptible de realizarse tanto por omisión (el que no regresa al domicilio familiar después de pasar un tiempo en el que ha realizado las posibles obligaciones por las que estaba ausente), como por acción (el progenitor que incumple los deberes de asistencia para con sus hijos, marchándose del hogar o maltratando a los miembros de la familia conducido por una conducta desordenada).

Por otra parte, estamos ante un delito continuado, ya que la lesión al bien jurídico protegido (tutela moral y económica de la familia) no se produce de forma instantánea, lo que implica que la prescripción empezará a correr desde el momento en que cese tal situación de abandono o desatención. En definitiva, la consumación se produce en el momento en que se cumplen todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo de injusto⁴.

En lo relativo al bien protegido, entendemos que radica en todos los deberes de asistencia material y de protección que no exijan presencia física del obligado a ellos, bien entendido que tales deberes han de considerarse por separado, surgiendo el delito desde el momento en que se

² Vid. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La Ley de Divorcio*, 4.ª ed., 1992, págs. 238-239.

³ Vid. J. C. CARBONELL, *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, 2, Madrid, páginas 1043-1044.

⁴ Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal*, Parte especial, pág. 52.

incumple cualquiera de tales deberes, no constituyendo tipo penal del 487 el incumplimiento de deberes asistenciales procedentes de fuentes ajenas a las relaciones familiares, como sería el caso de pensiones por alimentos establecidas por el Juez en el procedimiento de separación o divorcio (cuyo incumplimiento se encontraría regulado en el art. 487 bis del C.p.).

En lo relativo a los restantes requisitos, por abandono del domicilio familiar debe entenderse la ausencia o no vuelta al lugar donde se desarrolla la vida familiar, por lo que no cabe entender por domicilio al que alude el Código civil en su artículo 40.

La calificación de abandono malicioso debe ser interpretada atendiendo a la existencia de dolo, con exclusión del dolo eventual, coincidiendo esta interpretación con la jurisprudencia, al mantener ésta que el abandono malicioso es el que no tiene razón de ser en modo alguno ni tiene explicación suficiente, que es voluntario o injustificado, dejando el hogar en la mayor indigencia debida al capricho personal o arbitraria decisión (SS. de 30 de septiembre de 1976, 4 de noviembre de 1976, 24 de abril de 1979, 9 de diciembre de 1981, 23 de febrero de 1981). De modo que no basta con el simple apartamiento del lugar, ni la indolencia en el cumplimiento de los deberes (SS. de 30 de octubre de 1951, 23 de abril de 1960 y 27 de octubre de 1985), como tampoco hay abandono malicioso cuando hay una separación decretada judicialmente (10 de abril de 1975), si se carece de medios económicos (5 de febrero de 1970), si se remite con periodicidad cantidades de dinero para el sustento de la familia (9 de abril de 1970), si obedece a un convenio de separación amistoso (15 de mayo de 1972), si hay notoria desarmonía matrimonial (S. de 15 de febrero de 1985), si la desarmonía matrimonial se manifestó en formas violentas, de modo que la ruptura de la convivencia conyugal no puede ser tachada de caprichosa o arbitraria, sino que viene asistida de racionalidad aparente (S. de 10 de octubre de 1918), si hay incompatibilidad de caracteres y disputas constantes o malos tratos de palabra u obra, o convivencia con otros parientes indeseados, o fuerza mayor, o traslado laboral (S. de 18 de mayo de 1987), si la desarmonía hace penosa y difícil la vida en común (S. de 11 de noviembre de 1985), si hay graves disensiones por creer que la esposa o el esposo eran infieles (S. de 25 de junio de 1963), si hay una causa moral o social protegida jurídicamente (S. de 8 de octubre de 1980).

Por último, y en lo referente a la conducta desordenada, entendemos que ha de ser aquella que implica una desvinculación de las normas de orden moral y ético que impone la vida familiar, cuestión esta unánimemente sustentada por la jurisprudencia, al establecer por conducta desordenada aquella que atenta contra las buenas costumbres, orden social o ley moral con la correspondiente desvinculación de toda norma ético-familiar (S. de 25 de septiembre de 1973).

b) *Sujetos activo y pasivo del delito*

Sujetos activos son todas aquellas personas obligadas a los deberes que establece el artículo 487 del C.p., siendo irrelevante que el parentesco sea legítimo o ilegítimo, dado que lo decisivo es que concurran o no los deberes legales en cuestión, razón por la que consideramos, junto a R. DEVESA, que no es posible la coautoría, al ser la patria potestad, la tutela y el matrimonio instituciones singularizadas⁵. En lo referente a los sujetos pasivos, éstos serán aquellas personas sometidas a la patria potestad, tutela, o bien el cónyuge inocente, pudiéndose dar el supuesto de que los deberes incumplidos afecten a varias personas integradas en la relación jurídico-familiar.

c) *Antijuridicidad*

La misma se excluye por la concurrencia de cualquier causa de justificación, destacando, dada la naturaleza del delito, el estado de necesidad, por lo que no habría abandono malicioso si éste es originado por un conflicto lícito de deberes, como pudieran ser los profesionales, o en el supuesto de que el sujeto que denegase la asistencia lo hiciera por carecer de medios materiales para su cumplimiento.

d) *Condiciones objetivas de perseguibilidad*

La reforma de 1963 añadió al artículo 487 dos párrafos cuya inclusión se venía instando tanto por la doctrina, como por la práctica judicial, y que inciden directamente en las condiciones objetivas de perseguibilidad en un sentido amplio:

«El perdón expreso o presunto del ofendido extingue la acción penal. Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente». Nos encontramos en este supuesto ante un caso singular en nuestro ordenamiento penal, ya que el perdón, ni extingue ni ha extinguido la acción penal en aquellos delitos que precisan de denuncia o querrela del agraviado, puesto que, una vez presentada la denuncia, el ofendido carece de disponibilidad en el proceso, siendo operativo el perdón, una vez impuesta la pena por sentencia firme. En lo referente también al perdón, el 487 no dice cuándo ha de presumirse, entendiéndose que habrá de acudir-se a las circunstancias previas, como puede ser el reestablecimiento de la vida conyugal o la reanudación del cumplimiento de los deberes incumplidos. El perdón, ya sea expreso o tácito del ofendido, necesitará, oído el Ministerio Fiscal, la aprobación del Tribunal, acentuándose así el carácter público de este delito (con independencia de que sólo sea perseguible a instancia del sujeto pasivo o del Fiscal), tratándose de esta forma de evitar

⁵ Vid. R. DEVESA, *Derecho penal español*, Madrid 1992, pág. 343.

situaciones de hipotéticas coacciones sobre el agraviado, cautela ésta que queda reforzada con la intervención del Ministerio Público.

e) *Tipo cualificado*

Está constituido por el segundo párrafo del artículo 487 del C.p., y pese a que parte de la doctrina ha puesto en duda esta tipificación como figura autónoma de la contemplada en el enunciado genérico, nos inclinamos, sin embargo, por la especialidad, en base a que los sujetos activos no son los únicos a los que alude el primer párrafo del precepto, pues en el mismo no se hace referencia a los tutores, y además cobran relieve los descendientes. Asimismo, los deberes legales a los que hace referencia el párrafo primero del 487 del C.p. son más extensos que los mencionados en el párrafo segundo del precepto, dado que el tipo del 487.2 sólo se refiere a la asistencia indispensable para el sustento o a los casos en que los sujetos pasivos se hallasen «necesitados».

Con independencia de la especialidad de la pena, que en este segundo párrafo es mayor, la consecuencia más importante de tal tipificación autónoma es que no se exige el abandono ni la conducta desordenada para la responsabilidad del autor, bastando tan sólo la denegación de asistencia indispensable para el sustento.

III. EL ARTÍCULO 487 BIS DEL CÓDIGO PENAL

a) *Introducción y requisitos*

El actual artículo 487 bis del C.p. surge como consecuencia de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que introduce el citado precepto en el Capítulo III (de abandono de familia y niños) del Título XII (De los delitos contra la libertad y la seguridad). Según esta norma, «El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas». Aparece de esta forma el 487 bis como un tipo cualificado y complementario al delito genérico de abandono de familia, encontrando el precepto analizado sus antecedentes históricos en el artículo 34 de la Ley de 1 de marzo de 1932, que establecía: «El cónyuge divorciado que viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes, en virtud de convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, y que, culpablemente dejare de pagarla durante tres meses consecutivos, incurrirá en pena de prisión de tres meses a un

año o multa de 500 a 10.000 pesetas. Su reincidencia se castigará en todo caso con pena de prisión».

Los motivos que han llevado a esta nueva tipificación parecen a simple vista lógicos, aunque de su análisis posterior deduciremos su carácter oportunista y poco técnico, así como su dudosa constitucionalidad. Creemos que tal justificación estuvo basada en la necesidad de llenar una laguna legal respecto a conductas que carecían de tipicidad. De esta manera, y según el preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, el artículo 487 bis del C.p. intenta garantizar, «sin conseguirlo», la protección de los miembros más débiles, siempre que integren el núcleo básico de la sociedad familiar, frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos, suponiendo una «original» variedad del antiguo delito de abandono de familia ⁶.

En lo relativo al bien jurídico protegido, han sido varios los autores que abogaron por la necesidad de protección penal a la familia ⁷, cosa proclamada por el artículo 39.1 de la Constitución Española, al establecer que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Por consiguiente, la cuestión se centra en determinar cuál debe ser ese objeto de tutela penal: ¿si cualquier aspecto de las relaciones familiares, incluso aquellas como son las económicas ya reflejadas en el ámbito del Código civil, o solamente aquellas situaciones susceptibles de generar una auténtica merma en la seguridad para sus componentes? Resulta en este sentido fácil afirmar que el artículo 487 bis del C.p., lejos de seguir el principio de mínima intervención penal, se centra en la protección, no de una realidad, sino en las expectativas a que se vean respetados unos derechos crematísticos que provienen de una relación matrimonial anteriormente institucionalizada, por lo que parece encontrarnos ante un reforzamiento de la legislación civil en la materia a través de la vía penal, lo que hace de la regulación aludida una vía totalmente desafortunada, al tener el ordenamiento los resortes jurídicos necesarios, sin tener que recurrir a nuevas tipificaciones penales de dudosa legitimidad.

En lo que respecta a los requisitos del tipo básico son los siguientes:

1) Dejar de pagar durante tres meses consecutivos o seis alternos cualquier tipo de prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos; 2) que la obligación del pago se encuentre contenida en una resolución judicial firme, dimanante de un proceso de nulidad, separación o divorcio, o bien en un convenio regulador aprobado judicialmente. Como puede apreciarse, no estamos ante una negativa al cumplimiento de los deberes inherentes a la familia, dado que éstos no suponen, en modo alguno, la necesidad de ser declarados en una sentencia o resolución judicial, sino que provienen directamente del mandato legal, encontrándonos en el tipo analizado ante la necesidad de existencia de una resolución firme

⁶ Sentencia de 30 de enero de 1969.

⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 8.ª ed., Valencia 1990, pág. 165.

dictada por el Juez. Asimismo, al hablar el C.p. de resolución, entendemos que ésta debe extenderse a cualquier Auto, que siendo firme, implique obligaciones económicas para una de las partes en el proceso, cosa que ocurre también en las medidas previas y simultáneas a la interposición de la demanda principal del 103 y 104 del Código civil.

En lo referente al elemento temporal, éste puede plantear numerosos problemas, tal y como ha puesto de relieve la doctrina⁸. Resulta patente que sólo son objeto del tipo aquellas prestaciones económicas pagaderas por meses, ya que de otra forma sería imposible realizar el cómputo de tiempo necesario para la consumación del delito. Si partimos de la base que el tipo es de aplicación también a las prestaciones derivadas de un convenio aprobado judicialmente, resultaría imposible el cómputo temporal si en el mismo las partes hubieren pactado una unidad temporal distinta al mes para el devengo de la prestación. De la misma forma nos encontraríamos con otros problemas planteados por el elemento temporal; así, en el primer supuesto de impago por tres meses consecutivos, no habría dudas en lo referente a la consumación; cuando se produce el tercer impago el delito se consuma; sin embargo, tratándose de seis meses no consecutivos, surgen serios problemas en relación con la prescripción de las acciones penales, ya que podría plantearse, por ejemplo, un impago alternativo de seis meses a lo largo de treinta años, en este caso estaríamos ante una acción que, dado el tipo penal aplicable, sólo sería perseguible transcurrido todo el intervalo de tiempo (en este caso treinta años) hasta haberse consumado los seis impagos, cosa que afectaría en gran medida a la seguridad jurídica y, como apuntamos, también a la prescripción.

En efecto, en estos supuestos, y a tenor del artículo 114 del C.p., la prescripción comenzará a contar desde el momento de la consumación, y el plazo para el delito sería de cinco años según el artículo 113 del C.p., por lo que podría darse el caso de que al espaciarse en el tiempo los incumplimientos de pago (treinta años en el ejemplo analizado), la prescripción no podría comenzar a computarse hasta finalizados treinta años en los que se produce el último impago. De la misma forma, el artículo 487 bis contempla una conducta en la que es imposible apreciar la tentativa, dado que como puso de relieve la doctrina⁹, el hacerlo «significaría infringir el principio de culpabilidad, estableciendo una presunción contra el reo, presumiendo una intención en el individuo: cuando alguien no satisface durante dos meses consecutivos, o varios no consecutivos, siempre menos de seis meses, la prestación económica y no llega a consumir el tipo, no puede decirse que haya cometido una tentativa, puesto que no puede afirmarse con certeza que esa fuera su intención, que pensara llegar a la

⁸ Vid. P. GÓMEZ PAVÓN, «El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis del Código penal). Su posible inconstitucionalidad», en *Cuadernos de política criminal*, núm. 44, 1991, págs. 301 y sigs.

⁹ Cfr. P. GÓMEZ PAVÓN, *ob. cit.*, pág. 303.

consumación del delito y haya desistido por causas ajenas a su propio y voluntario desistimiento. Es distinto en otros delitos donde existen datos objetivos y externos que permiten obtener esta certeza y propósitos del sujeto, contrariamente en el artículo 487 bis tal intención la debemos presumir, sin que nada externamente nos permita comprobarlo. Lo mismo podría decirse cuando el último impago no se produce por la interposición de la demanda reclamando la prestación; el mantener la tentativa supone establecer una presunción de culpabilidad. En último término esta interpretación supondría una infracción de la presunción de inocencia contenida en el artículo 24.2 de la Constitución Española. En consecuencia, no parece viable la apreciación de formas imperfectas de ejecución en este delito, aun desde las tesis que las admiten en los tipos omisivos».

b) *Sujeto activo*

En lo referente al sujeto activo, es dudosa la aplicación del tipo al cónyuge en los matrimonios legalmente disueltos, dado que aquí no cabe hablar de cónyuge, por lo que el legislador debió de utilizar otro término, no obstante el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que el abandono de familia es compatible con el matrimonio disoluble (Sentencia 39/1989), por lo que será sujeto activo la parte obligada a la prestación económica. La situación a la que hace referencia el párrafo segundo del artículo 487 (no se comete delito de abandono de familia con respecto al cónyuge culpable de la separación) no es aplicable en el caso del 487 bis, siendo, en definitiva, único sujeto activo el cónyuge o parte obligada al pago de la prestación debidamente señalada en el proceso civil con intervención, por tanto, de la autoridad judicial.

c) *Sujeto pasivo y elementos objetivos*

El precepto analizado habla de cónyuge o hijos, aunque tratándose de éstos, deberán ser matrimoniales, pues no cabe aplicación penal del artículo 487 bis en uniones de hecho, lo que como veremos puede provocar problemas de dudosa constitucionalidad en aplicación del principio de igualdad y no discriminación regulado en el artículo 14 del texto Fundamental. No obstante, entendemos que, en cambio, sí podrán ser sujetos pasivos del delito los hijos habidos fuera de matrimonio si posteriormente se celebra la unión.

En lo referente a los hijos adoptivos, nos decantamos en el sentido de una posible aplicación del artículo 487 bis en tales supuestos, siempre que la resolución les haya asignado pensión, para lo cual insistimos en la necesidad de una unión matrimonial que podrá ser civil o religiosa, siempre que haya tenido acceso al Registro civil. Por otra parte, no es necesaria una sentencia de nulidad, divorcio o separación contenciosa, ya que

surge la protección penal con cualquier resolución judicial que afecte a la esencia del matrimonio, lo que significa la posibilidad de aplicación del precepto, tanto como se establece de forma expresa al caso de convenios reguladores aprobados judicialmente, como de manera tácita a otras resoluciones judiciales de carácter temporal, como pueden ser las medidas provisionales del 103 y 104 del Código civil, puesto que el espíritu de la Ley atiende a la protección penal de la parte más débil, y es en estas ocasiones cuando los hijos y cónyuge están más necesitados de amparo legal, dado el carácter temporal de las medidas que, por lo demás, también son fijadas en una resolución judicial.

IV. CONCLUSIONES

Constituye el tema del tratamiento penal de las obligaciones económico-familiares uno de los aspectos más cuestionados por la doctrina y la jurisprudencia. La literatura jurídico-penal moderna se enfrenta al tratar estos tipos delictivos del 487 y 487 bis del C.p. a una discusión acerca del valor ideológico de la familia dentro de un determinado sistema social, partiendo, no ya de la conveniencia de la tipificación penal de los mismos, sino del punto de vista de su protección, al hacer referencia a la tutela de la seguridad de aquellos que en el seno familiar ocupan las posiciones más débiles, ya sea por su situación, o bien por el momento y características en concreto.

Desde esta óptica, entendemos que la incriminación del abandono de familia no se plasma en el C.p. con la debida necesidad que requiere la tipificación, sino de una forma general que va más allá de la simple necesidad referida al bien jurídico protegido, debiendo tener en cuenta que el extraordinario contenido ético de los deberes legales impuestos por el ordenamiento a los padres, cónyuges y tutores exige un tratamiento legal ponderado. Por lo general, entendemos que tales deberes legales de asistencia no deben ser establecidos de un modo riguroso, y como ha dispuesto la S. de 2 de junio de 1982, el incumplimiento sólo es punible en ciertos supuestos en los que el juzgador deberá tener en consideración todos los elementos de carácter objetivo y subjetivo aplicables al caso, siendo en muchos supuestos suficiente la incriminación menor de la conducta a tenor del artículo 584 del C.p., que tipifica el incumplimiento de los deberes familiares como simple falta¹⁰. Por todo lo expuesto, somos

¹⁰ El artículo 584 Código penal regula como falta la siguiente acción punible:

Art. 584. Serán castigados con la pena de arresto menor o con la multa de 25.000 a 75.000 pesetas, al arbitrio del Tribunal:

1.º Los padres de familia que, dejaren de cumplir los deberes de guarda o asistencia inherentes a la patria potestad por motivos que no fueren el abandono malicioso del domicilio familiar o su conducta desordenada.

partidarios de una revisión del 487 del C.p. en el sentido de reducir el delito de abandono de familia a los supuestos que aparecen regulados en el párrafo segundo del artículo 487 del C.p., y que hacen referencia a la protección del derecho al sustento de los descendientes, incapaces, ascendientes o cónyuge necesitado, y no a situaciones generales y de tipificación subjetiva, como ocurre con el concepto «conducta desordenada».

En lo relativo al artículo 487 bis del C.p., nuestras conclusiones no apuntan al preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, en la que se justifica la regulación penal del impago de pensiones en base a una adecuación de la legislación penal a la realidad social, sino a los problemas que plantea la inclusión de un tipo en orden a considerar la necesidad de esta nueva regulación. Entendemos que la misma es desafortunada, ya que el C.p. contempla otros supuestos perfectamente válidos para sancionar los impagos de pensión o convenios aprobados judicialmente, lo que hace del 487 bis un tipo innecesario, nacido del oportunismo que encuentra su única justificación en la multiplicidad de prestaciones económicas impuestas por sentencia en los procesos matrimoniales. Sin embargo, tales hechos no suponen aval alguno en favor de la reforma aludida, ya que en tales casos de impago estaríamos ante una desobediencia a un mandamiento judicial, articulándose así el 487 bis en una forma específica de desobediencia que puede estimarse nociva para la administración de justicia, al estar ya regulada esa conducta en el artículo 237 del C.p., que tipifica el delito de desobediencia. Incluso puede afirmarse que los hechos comprendidos en el 487 bis del C.p. se encuentran también recogidos en otros

2.º Los tutores o encargados de un menor de dieciocho años que dejaren de cumplir los deberes de tutela o guarda por los motivos expresados en el número anterior.

3.º Los encargados de un enajenado que dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda o los que dejaren de atender a ancianos que dependan de su cuidado.

4.º Los que, sin haber tenido participación en faltas contra la propiedad cometidas por menores de dieciséis años, se lucraren en cualquier forma con los productos de las mismas.

5.º Los que, encontrando abandonado a un menor de siete años, no le presenten a la autoridad o a su familia, o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

6.º Los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor, que sin llegar a incurrir en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez en el ejercicio de su facultad protectora, apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida en la resolución judicial, y los padres, tutores o guardadores que, igualmente, sin llegar al delito de desobediencia, incumplieren una resolución judicial en el ejercicio de su facultad reformadora, retirando al menor del establecimiento, familia o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado para su observación o tratamiento.

Incurrirán también en dicha pena las terceras personas que realicen los actos de apoderarse o recibir indebidamente al menor o cooperen con ellos.

7.º Los representantes de asociaciones o instituciones tutelares o directores de establecimientos u otras personas que, incumpliendo las resoluciones a que se refiere el número anterior, entreguen indebidamente a sus padres o tutores, o a terceras personas, el menor que se les hubiere confiado, salvo que el hecho constituya delito.

Los padres o tutores mencionados en los números 1.º y 2.º de este artículo podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela sobre el menor.

preceptos diferentes al 237 del C.p., como ocurre con los que regulan el delito de alzamiento de bienes o de estafa, por lo que la desprotección anterior a la Ley 3/1989 no puede argumentarse. Cuestión distinta es que tales tipificaciones no se aplicaran en la práctica al impago de pensiones, pero en este caso no se entiende qué nuevos motivos harán que sí se aplique el actual 487 bis del C.p., que por lo demás, contempla situaciones, como hemos visto, ya reguladas con anterioridad¹¹. Es eviden-

¹¹ La aplicación e interpretación judicial del 487 bis del Código penal no puede decirse haya sido, hasta la actualidad, pacífica; baste como ejemplo un muestreo de sentencias dictadas por distintos Juzgados de lo Penal del país (recopiladas por I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La Ley de Divorcio...*, op. cit.), de donde se desprende la ambigüedad del tema objeto de análisis:

1. SENTENCIA PRIMERA

A) *Hechos probados.*

Unico. Se considera probado y así se declara que: el acusado X., mayor de edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio el 30 de diciembre de 1962 con Z., matrimonio que fue declarado disuelto por sentencia de divorcio de fecha 1 de septiembre de 1982, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Burgos. En la cláusula cuarta del convenio de divorcio se establecía una pensión alimenticia para los hijos y esposa de 150.000 pesetas mensuales que el acusado no satisfizo desde julio de 1989 hasta mayo de 1991. Del matrimonio nacieron dos hijos, que en la actualidad cuentan con 24 y 27 años, respectivamente. El convenio no ha sufrido modificación desde la fecha de su redacción.

B) *Fundamentos jurídicos*

Primero. Parece aconsejable a tenor de lo acaecido en la Vista Oral, delimitar específicamente el ámbito temporal del delito imputado al acusado y que al decir de las acusaciones se extiende a lo largo de un período comprendido entre julio de 1989 y mayo de 1991, por lo que lo acontecido con anterioridad carece de relevancia en éste procedimiento y a ello sólo habremos de referirnos para contextualizar unos hechos históricos que los precede. Cierto es que la cláusula IV del convenio regulador del divorcio, suscrito de común acuerdo por ambos cónyuges, establece una pensión alimenticia para la esposa e hijos de 150.000 pesetas mensuales, pensión que fue satisfecha por el hoy acusado durante los primeros años subsiguientes a la disolución del vínculo matrimonial. Pero como suele suceder en estos casos el tenor literal de lo pactado resulta harto insuficiente para ilustrar el verdadero contenido de lo que subyace en el escueto texto de un acuerdo. Nótese en primer lugar, que la pensión fijada conjuntamente para la esposa e hijos entonces menores de edad, lo fue como no podía ser de otro modo, en el momento mismo de consumarse el divorcio, esto es, en septiembre de 1982. Nueve años después las circunstancias han cambiado drásticamente, pues con independencia de la situación económica del acusado, que desde luego no puede ser calificada de saludable, lo cierto es que los hijos, entonces en plena pubertad, hoy alcanzada la madurez viven con total independencia económica y física de sus progenitores, hasta el punto que uno de ellos ha contraído feliz matrimonio. En tales circunstancias las causas que en su día motivaron la concesión de aquella pensión conjunta e indiferenciada de carácter alimenticio para la esposa e hijos han virtualmente desaparecido y con ella la incuestionable obligación que sustentaban. Podrá objetarse frente a estas consideraciones la inalterada literalidad de un convenio que no ha sido modificado por ninguna de las partes, podrá argüirse que al alterarse las condiciones que lo hicieron posible correlativamente deberían haberse adecuado los derechos y obligaciones establecidas en el convenio. Pero lo cierto es que la omisión de ello, no puede perjudicar al acusado. Preguntémonos si resulta razonable exigir al acusado nueve años después las mismas prestaciones a que éste se obligó en circunstancias económicas y familiares muy diferentes. Por lo pronto, es evidente que las obligaciones económicas respecto a sus hijos, por otra parte nunca totalmente desatendidas, han cesado en la actualidad. La naturaleza conjunta de aquella pensión ha perdido su razón de ser y con ella decae el derecho a la

percepción, por lo menos en los mismos términos del primitivo convenio. Sostener, como lo hacen el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular, la plena vigencia de la prestación económica, ahora sólo para la esposa no sólo contradice frontalmente la letra y el espíritu de lo pactado, sino que resulta a todas luces, pues, un patente desafuero, sólo explicable a la luz de ese proteccionismo paternalista que parece gobernar las relaciones post-matrimoniales entre cónyuges divorciados. La pensión alimenticia, que es la única que en su día se fijó, no tiene por finalidad compensar a cualquiera de los cónyuges de toda una larga vida dedicada al matrimonio, sino tan sólo subvenir a las más elementales necesidades vitales de quien está incapacitado para atender su propio sustento. Que la ex-esposa del acusado se encuentra en la actualidad en esta situación, es cuestión que no corresponde decidir a la jurisdicción penal, para la que la determinación de la prestación opera como un «prius», constituyendo un elemento objetivo del tipo, prestación económica que el transcurso del tiempo ha alterado sustancialmente, al modificarse la naturaleza de la relación que la subyacía. No es tanto la creencia errónea del acusado en la vigencia de su obligación, que podría fundamentar alguna modalidad de error, cuanto la ausencia de soporte para aquélla, lo que determina la exculpación de éste impidiendo la emergencia del estatuto penal, hasta tanto se «acualice» la primitiva obligación conforme a las nuevas circunstancias no contempladas en la redacción originaria. Adviértase que no se trata en absoluto de una modificación meramente cuantitativa, es que lo cuantitativamente diferente no puede ser introducido por la fuerza en el molde de una misma identidad cuantitativa. Si la pensión originaria se estableció en atención a las necesidades de la esposa e hijos conjuntamente, sin especificar la cantidad correspondiente a cada uno de ellos, lo cierto es que el haber cesado las circunstancias que hacían necesario el mantenimiento económico de los hijos, la prestación económica respecto a la esposa queda absolutamente indeterminada, sin que pueda prorrogarse en su exclusivo interés lo que era una prestación global e indiferenciada. Operar al modo en que lo hace la Fiscalía o la Acusación Particular, fraccionando el montante total en tres tercios iguales y atribuyendo uno de ellos a la esposa no pasa de constituir una mera hipótesis, una alternativa entre otras muchas, probablemente una buena alternativa en nuestra opinión; pero una opción ideal, posible o futura no es una obligación legal, y desde luego, no puede servir de soporte a la comisión de un delito.

Segundo. Las costas se entienden impuestas por ministerio de la ley a todo culpable de un delito o falta, y los responsables criminalmente lo son también civilmente conforme a lo dispuesto en los artículos 19 y 109 del Código penal y a *sensu contrario*, cuando procede la absolución deberán declararse de oficio.

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

C) Fallo

Que debo ABSOLVER y ABSUELVO libremente al acusado X., del delito del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular en esta causa, declarando de oficio las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes previniéndose que contra la misma podrán interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de diez días, recurso que se formalizará ante este Juzgado.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones originales para su notificación y cumplimiento, lo pronuncio, mando y firmo.

2. SENTENCIA SEGUNDA

A) Hechos probados

Unico. Apreciando en conciencia la prueba practicada expresa y terminantemente se declara probado que con fecha de 12 de marzo de 1988, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta Ciudad, se dictó sentencia en el procedimiento de divorcio número 1003/1987, acordando en la parte dispositiva, entre otras resoluciones, que X., mayor de edad, sin antecedentes penales, abonará a X., como contribución al levantamiento de las cargas y alimentos, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 30.000 pesetas, sin que las haya satisfecho, no obstante ser requerido en varias ocasiones para ello durante todo el período comprendido hasta la incoación del procedimiento, y concretamente desde el día 13 de julio de 1989 al 7 de diciembre de 1989.

B) *Fundamentos jurídicos*

Primero. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abandono de familia, tipificado y penado en el artículo 487 bis del Código Penal. El artículo 487 bis se introduce a raíz de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, para proteger a «los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos...», «intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella clase». Con esta reforma se ha pretendido dar una respuesta satisfactoria a las infracciones causadas al amparo de las normas civiles reguladoras de la institución matrimonial, cuando esta quiebra, por cualquiera de las causas que la legislación reconoce. El nuevo tipo, que tiene su antecedente en el artículo 34 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, se incorpora al Ordenamiento Jurídico Penal ante la escandalosa realidad del reiterado incumplimiento de las resoluciones civiles en materia de prestaciones económico-matrimoniales. Dos eran con anterioridad los resultados punitivos a los que se venía recurriendo. Uno de ellos, el artículo 237 del Código Penal, que define el delito de desobediencia, sin contemplar la especialidad propia de aquel incumplimiento. El otro, la aplicación del artículo 487, constreñida en todos sus tipos y según la Doctrina Jurisprudencial a dos supuestos, alternativos o conjuntos: abandono malicioso de domicilio familiar o conducta desordenada. Mas ante la escasa eficacia de estos recursos, dado que no siempre se daban las especiales condiciones exigidas en estos tipos, así el abandono malicioso del domicilio familiar era imposible en los supuestos de ruptura legal de la convivencia, la conducta desordenada rara vez podía alegarse y el previo requerimiento para la desobediencia no siempre se había producido, el Legislador considera la necesidad de reforzar, mediante una nueva sanción penal, el cumplimiento de las medidas acordadas en estos procedimientos. Con ello ha ampliado el mandato constitucional recogido en el artículo 32, donde se consagra la protección social, económica y jurídica de la familia, al hacer extensivo el bien inmediatamente protegido en los artículos 487 y 487 bis, no sólo a esta institución, sino también a los derechos correlativos a los deberes asistenciales derivados de las relaciones familiares o cuasi-familiares, sin olvidar el principio del orden público en su faceta recogida en el artículo 118 de la Constitución en el sentido de que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

De la valoración de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, declaración del acusado y testifical de la perjudicada, así como documental por reproducida, resulta suficientemente acreditada la responsabilidad de X. en los hechos objeto de enjuiciamiento. De su propia declaración, que consta en el folio 22, ratificada en el acto del Juicio Oral, se deduce que el mismo no entregó la cantidad fijada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta ciudad en el procedimiento de divorcio núm. 1.003/1987, durante el período comprendido desde el día 13 de junio de 1989, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989, al día 7 de diciembre de 1989, transcurriendo en exceso el período de tiempo requerido en el tipo.

Como causa de justificación de su conducta, además de la presunta imposición económica (folio 16), el acusado alega que el mismo se ha hecho cargo de diversos gastos de atención y cuidado de su hija, acreditándolo documentalmente. En relación a la primera cuestión planteada, particular importancia se incluya la cuestión en la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad, reviste la de que el obligado no pueda cumplir la prestación judicialmente refrendada o decidida. Rara será la apreciación del supuesto, puesto que la jurisdicción civil debe atender, inicial o sucesivamente, a las capacidades o disponibilidad económicas de los sujetos, pero en todo caso habrá de resolverse aplicando las reglas generales sobre la exención de responsabilidad, ante la posible concurrencia de un estado de necesidad no intencionadamente provocado, por lo que se habrá de investigar con extrema diligencia si la imposibilidad es el resultado de maniobras torticeras del acusado, o la culpabilidad ante la presencia de la inexigibilidad de otra conducta distinta. En este sentido hay que destacar la particular evolución de X. en relación con la sociedad X., donde de Presidente del Consejo de Administración pasa a asumir funciones de gestor de la misma con amplios poderes, procediendo posteriormente a la venta de las acciones que poseía a persona muy próxima a su círculo de confianza. Abunda en lo anteriormente ex-

puesto la documental aportada, consistente en un reportaje fotográfico respecto a su actual vivienda, circunstancias todas que acreditan la posición económica, desahogada del mismo.

Por lo que se refiere a la compensación pretendida por el acusado en relación a los gastos ocasionados en la atención de su hija, la misma debe ser desatendida, máxime cuando ha sido requerido expresamente para que no prosiguiera en su actitud (folio 12), no constando por el contrario que haya interesado la revisión de las medidas acordadas en la resolución incumplida. Entenderlo de otro modo sería posibilitar el que cada integrante de la unidad familiar disuelta cumpliera lo estipulado según su criterio, haciendo caso omiso de lo dispuesto, que sin duda obedece a unos criterios que mientras no sean modificados por los procedimientos legalmente establecidos vinculan a ambos. Resulta revelador que el primer ingreso se produce en el pasado mes de noviembre ante la proximidad de la celebración del Juicio Oral, confirmando la decisión del Legislador de reforzar el cumplimiento de las medidas acordadas en estos supuestos, acudiendo a este nuevo recurso punitivo.

Segundo. Es autor penalmente responsable del delito antes mencionado el acusado X., quien consciente y libremente realizaron los hechos descritos en el relato fáctico, todo ello de conformidad a lo prevenido en el artículo 14, párrafo 1, del Código Penal.

Tercero. En realización del referido delito no ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Cuarto. De conformidad a lo establecido en los artículos 19 y 109 del Código Penal, todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, debiendo ser condenado al pago de las costas procesales. Uno de los aspectos más discutidos del artículo 487 bis hace referencia a la solución que se dé al problema, de si puede o no exigirse el cumplimiento de las prestaciones debidas en el proceso penal, o, por tratarse de una obligación precedentemente constituida, su cumplimiento debe interesarse en la ejecutoria civil correspondiente.

En el supuesto de acogerse la primera tesis antes mencionada, se plantea el problema, a la vista de la naturaleza jurídica del delito, de qué prestaciones deben incluirse, así como la incidencia que en la cuantificación de las mismas tengan los actos realizados por las partes en la ejecutoria civil y que no hayan tenido acceso al procedimiento penal.

A pesar de la amplia fórmula del artículo 19 del Código Penal, señala parte de la doctrina que no todas las infracciones punitivas llevan aparejada junto a la responsabilidad criminal, una civil. Esto no sólo acontece en los supuestos en que no han existido daños, sino también en supuestos específicos en que la Jurisprudencia haya negado la existencia de este tipo de obligación privada, como sucede con la doctrina que se ha venido manteniendo en torno al delito de cheque en descubierto que no genera otra responsabilidad civil, que la derivada de los daños o perjuicios causados al margen del simple impago. La razón aducida ha sido siempre la misma: existe una obligación precedente, que no se ve afectada por la emisión del talón sin fondos; permanece inalterable y su reclamación deberá tener lugar siempre por la vía civil. Entiende este sector doctrinal que estas manifestaciones de nuestra jurisprudencia, dictada a propósito del delito de cheque en descubierto, encajan perfectamente en el mismo tipo delictivo, pues idéntico es el planteamiento y los elementos fácticos en los que descansa. Sin embargo, hay que objetar a esta tesis que son distintos los planteamientos y elementos que hay que tener en cuenta en relación al artículo 487 bis. Mientras que en el delito de cheque en descubierto el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil, dándose satisfacción al mismo con independencia de que en el orden penal se incluyera o no un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del impago, en el delito tipificado y penado en el artículo 487 bis, el bien jurídico protegido en múltiple, siendo por un lado los derechos correlativos a los derechos asistenciales derivados de relaciones familiares o cuasi-familiares, con lo que se explica la inclusión de dicho artículo en el Título XII, «De los delitos contra la seguridad», afectada ésta por el incumplimiento de aquellos deberes de solidaridad, y por otro lado el orden público en la faceta recogida en el artículo 118 de la Constitución, ocurriendo que si bien respecto a este último se puede dar satisfacción al mismo, omitiendo en el pronunciamiento penal toda referencia a las responsabilidades civiles generadas por la desobediencia a una resolución judicial, no sucede lo mismo por lo que se refiere al *principio de solidaridad*, que en modo alguno se encontraría reestablecido en su integridad si el perjuicio ocasionado por el incumplimiento no llevara aparejado, al lado de la respuesta punitiva, la solución inmediata a las necesidades «de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obli-

gado a prestarlas», como argumenta el Legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Tal solución plantea indudables problemas en orden a la fijación de las prestaciones que deben incluirse en el pronunciamiento penal, así como la determinación de su cuantía a la vista de los actos de las partes producidas en la ejecutoria civil. En relación a estas cuestiones hay que tener en cuenta la naturaleza jurídica del delito enjuiciado, siendo éste fundamentalmente un delito de omisión por cuenta de la conducta sancionada, consiste en no llevar a cabo la legalmente esperada: pagar las prestaciones económicas, y un delito permanente, ya que, a consecuencia de la omisión, se crea un estado antijurídico cuyo cese depende de la voluntad del sujeto activo. En cuanto a la conducta, al ser de tracto sucesivo, plantea la cuestión de si cabe la continuidad delictiva o deben fraccionarse los períodos de impago en tanto delitos como plazos típicos incumplidos, adecuándose más a las estructuras del tipo y a los requisitos del artículo 69 bis de la primera, por lo que la sentencia debe de hacerse extensiva, por esta circunstancia y dado el carácter permanente de este delito, a las consecuencias civiles generadas por el incumplimiento hasta la fecha de su pronunciamiento, sin perjuicio de que una vez recaída sentencia condenatoria sobre una comportamiento de impago, la reiteración de esa conducta tras la sentencia deben valorarse y perseguirse como un nuevo delito. Por último y por lo que respecta a los problemas que pueden suscitarse en relación a la ejecutoria civil, dado que las prestaciones fijadas puedan verse afectadas por actos de las partes que pueda no tener acceso al proceso penal, como pudiera ser una variación en la cuantía de la misma, a instancia de parte y autorizada por el Juzgado de Familia o cualquier otra circunstancia producida durante la instrucción del proceso penal, es por lo que debe evitarse fijar una cantidad líquida en concepto de indemnización, siendo más procedente fijar las bases para determinarla acudiendo posteriormente en la ejecución a los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permitirán al deudor acreditar estas circunstancias, y concretamente el abono de algunas de las prestaciones ya satisfechas.

Por lo que se refiere a los hechos objeto de enjuiciamiento, el acusado deberá abonar a X. la cantidad de 30.000 pesetas por mes, desde el período comprendido del mes de agosto de 1989 al mes de diciembre, inclusive, del presente año, excluyéndose el mes de julio de 1989, al entrar en vigor la Ley Orgánica 3/1989 el día 13 de julio, y ser pagadera la pensión en los cinco primeros días de cada mes. En el procedimiento de ejecución que se inicie para la determinación de la cantidad líquida antes fijada, podrá el deudor presentar la liquidación que corresponde justificando el pago de las pretensiones ya satisfechas, sin que pueda, por el contrario, pretender compensarlas por los gastos que por su propia voluntad ha efectuado en la atención de su hija y que nada tiene que ver con la prestación establecida a favor de la perjudicada para el cumplimiento de los fines que le fueron asignados en la resolución judicial.

De la presente resolución, así como de aquella en que se determine la cantidad líquida exigible, deberá remitirse testimonio al Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta ciudad, para su constancia y efectos.

Por cuanto antecede y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

C) *Fallo*

En atención a lo expuesto, debo condenar y condeno al acusado X. como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 100.000 pesetas, con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago de las mismas, con las accesorias de privación de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de la condena, así como que indemnice a X. en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta que en principio corresponden a cada mes la cantidad de 30.000 pesetas durante el período comprendido desde el mes de agosto de 1989 hasta el mes de diciembre, inclusive, del presente año, con los intereses legales y las deducciones que correspondan por las mensualidades satisfechas, haciéndose expresa reserva de acciones civiles respecto a las mensualidades que correspondan a la perjudicada con anterioridad al mes de agosto de 1989.

Se ratifica el auto de insolvencia dictado en la pieza de responsabilidad civil.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, significándoles que contra la misma podrán interponer recurso de Apelación ante la Sección

Primera de la Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de diez días, recurso que se formalizará ante este Juzgado.

Una vez firme esta sentencia, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes, con expresión de los preceptos infringidos y de las penas impuestas. Dedúzcase testimonio de la misma y de lo posteriormente resuelto en su ejecución, remitiéndose al Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de esta Ciudad en relación con el procedimiento de divorcio registrado con el núm. 1.003/1987, para su constancia y efectos.

Así, por esta sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones originales para su notificación y cumplimiento lo pronuncio, mando y firmo.

3. SENTENCIA TERCERA

A) *Hechos probados*

Se dan por reproducidos los de la Resolución recurrida, que se aceptan en su integridad.

B) *Fundamentos jurídicos*

Primero. A la vista de lo actuado y tras un pormenorizado examen de la prueba obrante en autos, fundamentación de la sentencia apelada y de las enfrentadas alegaciones de las partes, hemos de concluir en el acierto del Juzgador «a quo» que, desde la privilegiada posición que la inmediación le confiere, valora la actividad probatoria por él practicada y con plena convicción en conciencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede a declarar como probados los hechos que constituyen el relato fáctico de la resolución recurrida y que aquí se admiten en su integridad. No pudiendo, en modo alguno aceptarse lo alegado por el recurrente en orden a la inclusión en dicha narración histórica «que el denunciado ha venido atendiendo gastos correspondientes a la educación y asistencia médico-sanitaria, habida cuenta que se trata de documentos aportados a los autos y hechos reconocidos por la denunciante y por los testigos comparecientes, pues, sin entrar en la concreta valoración de los meritados medios y en consecuencia probatorias, tales extremos devienen irrelevantes para la tipificación jurídico-penal de la conducta que enjuiciamos, como más adelante se verá.

Segundo. Establecidos los hechos, los mismos constituyen, sin duda, un delito de abandono de familia, previsto y penado en el artículo 487 bis del Código Penal, al estar presentes en la conducta descrita todos y cada uno de los elementos integrantes de dicho tipo penal, a saber:

a) La acción omisiva consistente en el impago, por parte del acusado, de prestación económica en favor de su cónyuge o de sus hijos.

b) Que esta prestación hubiere sido establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en supuesto de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio.

c) Que el meritado impago se prolongue durante seis meses no consecutivos o, como en el presente caso acontece, tres mensualidades consecutivas, a cuyo fin la prestación habrá de ser de aquellas que se establecen con periodicidad mensual.

No siendo, de otra parte, precisa la concurrencia de ningún dolo específico, bastando, tal como viene formulado el tipo penal, con la genérica intencionalidad del impago mismo, como incumplimiento de lo establecido por la Autoridad Judicial, bien directamente o mediante la aprobación del correspondiente convenio acordado entre las partes. Pues, aún cuando en la escuetísima fundamentación que la Ley que introduce esta novedosa figura delictiva en nuestro Ordenamiento Penal (L.O. 3/1989, de 21 de junio) dedica a la misma, se dice, «de otro lado, para la protección de los miembros económicamente más débiles de la nulidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, se incorpora al Código Penal una nueva modalidad de *abandono de familia...*, intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado», y así se incluye la descripción de esta infracción dentro del capítulo que lleva por epígrafe «Del abandono de familia y de niños», no podemos olvidar que, como también recuerda con acierto pleno el Juzgador de instancia, este delito sigue guardando estrecha relación con el de desobediencia, tipificado en el artículo 237 del Código Penal, precedente en el tiempo en las tareas represoras de conductas como la que enjuiciamos, al mantenerse expresamente como uno de los requis-

tos de la nueva figura, la exigencia de que el impago punible se refiera obligadamente a prestación mensual acordada por la Autoridad Judicial, tanto se produzca en resolución en sentido estricto o en aprobación del convenio regulador de los efectos de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, sin que pudiera hablarse, en ningún caso, de delito cuando nos hallemos, por ejemplo, ante incumplimientos de Convenios de semejante carácter, pero consensuados entre las partes sin sanción posterior judicial (pensemos en separaciones de hecho de las que rompen una convivencia no matrimonial, etc.).

Con lo que, al margen de cuál fuere el verdadero o más importante bien jurídico cuya protección impulsa al legislador a la empresa y específica definición del delito que analizamos, es lo cierto que, siquiera sea por esta vía de requisito de carácter formal en cuanto a la existencia de decisión judicial objeto del incumplimiento, podemos afirmar nos hallamos ante el ilícito penal que no precisa intención específica de incumplimiento de los deberes paternos o conyugales, o cualquier otro elemento subjetivo añadido a la mera voluntad de impago, a diferencia, por cierto, de lo previsto en las otras figuras de abandono de familia descritos en el artículo 487, «maliciosamente», o que el de los deberes legales tuviere por causa una «conducta desordenada».

Importante cuestión la anterior, que conviene destacar de modo muy especial en el enjuiciamiento de la concreta conducta que nos ocupa, dada la alegación principal de la defensa del recurrente al pretender justificar el comportamiento de éste, argumentando sobre el pago por él de ciertas cantidades durante los meses de su omisión del abandono de las prestaciones judicialmente acordadas, en retribución de ciertos servicios prestados a su hija, tan necesarios como algunos gastos escolares y médicos. Lo que, a la vista de nuestras anteriores consideraciones teóricas y trayendo aquí las conclusiones que de las mismas se extraen, resulta evidente, nunca puede ser elemento neutralizador de la responsabilidad penal en que incurrió X, incumpliendo las obligaciones económicas decretadas por la Autoridad Judicial, en la forma concreta en que le fueron impuestas. Máxime cuando constan los reiterados requerimientos de la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Familia para que llevase a cabo las prestaciones en la cuantía y periodicidad acordada y a la persona, la madre de la niña, encargada de su administración.

No siendo, en definitiva y ante esta jurisdicción penal, la alusión al instituto civil de la «compensación de deudas» por muy apreciable que pudiera resultar para el Juzgador civil siempre que así lo tuviere por oportuno, para eliminar el carácter punible de la conducta del apelante, al no excluirse con aquélla el dolo preciso para la comisión del delito del artículo 487 bis. Exclusión que sólo devendría posible, por vía de circunstancia de exención de la responsabilidad criminal, si se hubiere acreditado la imposibilidad absoluta de hacer frente a los pagos establecidos, por el especial estado de necesidad del agente, o, quizá, por causa justificativa, alojada en la misma acción o en la culpabilidad, ante la carencia de medios para efectuar los abonos, lo que aquí evidentemente no concurre, no sólo por los datos obrantes en autos respecto de las disponibilidades económicas del mismo, sino, como con notable agudeza nos hace ver la Letrada apelada en sus razonamientos de oposición al presente recurso, por el hecho obvio de las posibilidades con que cuenta X., al efectuar los pagos, por él mismo referidos a efectos de compensación, a los que se añaden otros en modo alguno estrictamente necesarios para la niña, tales como relojes, juguetes, etc.

Razones todas las expuestas por las que cumplidamente podemos afirmar que nos hallamos ante la comisión del delito objeto de condena por la sentencia apelada.

Sin que en modo alguno debamos aquí entrar en el examen de otras consideraciones sobre las que el Letrado apelante, en uso de su legítimo derecho de defensa se extiende, a propósito del indeseable efecto, que el precepto contemplado produce, reintroduciendo en nuestro Derecho, a la postre, la «prisión por deudas», más propia de anteriores períodos, felizmente ya superados. Opinión con él compartida por sectores de la doctrina, que igualmente se extiende en su crítica del precepto, dudando de su constitucionalidad por el desigual trato que su contenido pudiere dispensar a los derechos de los hijos habidos en relaciones ajenas al matrimonio. Supuesto este último ante el que en el caso que nos ocupa no nos hallamos, lo que nos releva del examen sobre la constitucionalidad aludida, en tanto que la primera de las consideraciones, y cualquiera que fuere nuestra opinión técnica al respecto, excede de la estricta función de interpretación y aplicación de la norma penal, en su día dictada por quien para ello se encuentra válidamente facultado: el legislador.

De igual modo que tampoco consideramos ahora oportuno, por no plantear el hecho enjuiciado cuestión especial al respecto, el análisis pormenorizado de la problemática que el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal esboza en el último de los fundamentos jurídicos de su sentencia, en torno a las complejas e interesantísimas cuestiones que la conducta delictiva estudiada, continua en el tiempo, puede plantear a la hora de la individualización del delito y las hipotéticas figuras concursales que, a lo largo de un período de tiempo extenso de impagos o por sucesivas denuncias tras el cumplimiento de los plazos legales, pudieran presentarse.

Procediendo, en consecuencia, la confirmación, en cuanto a lo dicho, de la resolución apelada.

Tercero. Igualmente se aprecia, de conformidad con la sentencia recurrida, la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, resultando por ende de aplicación la Regla 4.^a del artículo 671 del mismo Cuerpo legal, apareciendo, en consecuencia, también acertada la pena impuesta, en virtud del arbitrio del que el Juez de instancia dispone dentro de los márgenes legalmente establecidos, según establece el artículo 49 y la Regla 7.^a del meritado artículo 61 de la Ley punitiva (S. del T.S. de 3 de octubre de 1984, entre muchas otras).

Cuarto. Las costas ocasionadas por el presente procedimiento, si las hubiere, habrán de serle impuestas al condenado, a tenor de los artículos 19 del Código Penal y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Quinto. En cuanto a la responsabilidad civil derivada del acto delictivo y de la que, en principio, habrá de responder también el condenado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, hemos de concluir, en discrepancia con el Juez «a quo», la improcedencia de considerar el pago de las pensiones adeudadas como responsabilidad civil dimanante del delito y, por ende, a incluir en el Fallo de la Sentencia Penal como condena indemnizatoria.

La cuestión, que sin duda es dificultosa y trascendente, la solventa la Resolución recurrida, haciendo gala de una profunda atención al problema y amplia fundamentación jurídica, apoyando su argumentación última en la necesidad de restablecer en su integridad el principio de «solidaridad», conculcado por el delincuente con su acción ilícita, en perjuicio de los «miembros económicamente más débiles de la unidad familiar».

Aún y a pesar de tales razonamientos de peso y de la opinión semejante sustentada, aunque sin especial énfasis y confianza, por la Circular núm. 2/1990, de la Fiscalía General del Estado, «sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal» —V, B), b)—, esta Sala mantiene la inoportunidad legal y técnica de hacer tal clase de pronunciamientos penales condenatorios, siquiera se produzcan en el ámbito del resarcimiento civil, so pena, en caso contrario, de llevar a cabo una verdadera subversión de los fines estrictos que el Derecho punitivo está llamado a servir. Y así, en efecto:

a) La responsabilidad civil derivada de la infracción penal que se contempla en nuestro sistema es, obviamente, aquella que nace de esa acción delictiva, la denominada precisamente por ello «obligatorio *ex delicto*». Concepto en el que no puede tener cabida en buena lógica una obligación preexistente, como es la impuesta por el Juez de Familia o Civil, y que, por tanto, no se deriva de la comisión del tipo punible que, con su carácter omisivo ya anteriormente contemplado, precisamente consiste en el incumplimiento de aquella obligación. En una palabra, la deuda en el tipo de presencia no nace como consecuencia o efecto del delito, sino que es condición o requisito previo a efectos de reparación, conforme los principios inspiradores de esta materia en nuestro ordenamiento.

b) Tampoco cabe acogerse al argumento ofrecido por el propio Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que, expresamente consciente de las dificultades que para su tesis suponen los razonamientos expuestos en el anterior apartado, se remite a razones de orden teleológico para justificar la condena indemnizatoria, buscando con ello la finalidad de ese restablecimiento del principio de solidaridad, quebrantado así como la protección de los más débiles económicamente en la unidad familiar.

Argumentos insuficientes de todo punto, no sólo porque existen ya otras vías y otra Jurisdicción que con las directamente encargadas de ofrecer la necesaria tutela a esos intereses motivo de protección, con inclusión del recargo correspondiente a la dilación en el pago, sino porque admitir el planteamiento de la sentencia impugnada podría suponer la verdadera consagración de aquello que ha sido ya motivo de severa crítica al momento

de la introducción de este tipo penal en nuestro Código Penal: el indeseado regreso a la denominada «prisión por deudas», de que ya con anterioridad hablamos, propiciando la denuncia y persecución de estos delitos, valiéndose de la amenaza legal de la pena, para la obtención de cobro de la prestación económica. Creemos que no ha sido ese el propósito del Legislador, que, en el ánimo, siguiendo razones de política criminal relevantes, de evitar la generalización de impagos en el ámbito que contemplamos y con el fin indudable de la protección, como bien jurídico digno de ella de modo principal, del derecho de los titulares de esas prestaciones, da el importantísimo paso de describir para su sanción penal la conducta omisiva del pago, pero siempre al margen del contenido y tratamiento civil de la obligación.

c) Por último, tampoco conviene olvidar las importantes dificultades de orden práctico que la decisión adoptada por la resolución apelada conllevaría y a las que se alude en la misma, para fundamentar lo acordado en aquel lugar de la parte dispositiva de la Sentencia que a esta cuestión concierne, haciendo una remisión al momento procesal de la ejecución penal para la puntual concreción de la cantidad objeto de condena. Recordemos, una vez más, la posibilidad, con los problemas que ello arrastraría de acogerse la tesis impugnada, de que el Juez civil pase a considerar la compensación entre el impago de las prestaciones establecidas y el abono de otras cantidades fuera de aquéllas, en supuestos, siquiera sean excepcionales, en que, con persecución penal o no de la conducta, tal fuere considerado oportuno por aquél. En definitiva, la cuestión no es otra que la improcedencia de sustituir la ejecución que corresponde a los Juzgados de Familia, respecto de sus propias resoluciones, por la actividad de la Jurisdicción Penal, especialmente cuando hablamos de cumplimiento periódico y permanentes en el tiempo, y todo ello en aras de no se sabe bien qué hipotéticas «ventajas» de la ejecución penal sobre la civil.

A tenor de todo lo expuesto y junto con los aspectos merecedores de confirmación de la Sentencia apelada a que ya nos referimos en anteriores Fundamentos Jurídicos, hemos de revocar, conforme lo dicho, el pronunciamiento relativo a los aspectos indemnizatorios establecidos por aquélla.

En su consecuencia, vistos los artículos citados y demás de general aplicación al caso.

C) *Fallo*

Que con estimación parcial del recurso interpuesto por la representación de X., contra la Sentencia del Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal núm. 3 de los de Madrid, cuyo fallo literalmente se transcribe en los antecedentes que preceden, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, a excepción de la indemnización establecida en ella, extremo que se revoca, sin hacer pronunciamiento expreso al respecto por no proceder el establecimiento de indemnización. Y con imposición al condenado de las costas ocasionadas en este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia y devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución.

Así por esta Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4. SENTENCIA CUARTA

A) *Hechos probados*

Unico. Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que con fecha de 16 de enero de 1989, por el Juzgado de Familia núm. 25 de esta Ciudad, se dictó auto acordando como medidas provisionales, entre otras, en el procedimiento de separación núm. 956/1988, que el demandado X., mayor de edad, sin antecedentes penales, debería abonar a su esposa Z., la cantidad mensual de 60.000 pesetas, destinadas a contribuir al sostenimiento de las cargas familiares. Dado el incumplimiento de la medida acordada por providencia de fecha 1 de septiembre de 1989, se requirió a Z., sin que el mismo hiciera entrega de ninguna cantidad durante todo el período comprendido hasta la incoación de este procedimiento.

B) *Fundamentos jurídicos*

Primero. Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de abandono de familia tipificado y penado en el artículo 487 bis del Código Penal. El artícu-

lo 487 bis se introduce a raíz de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, para proteger a «los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos...», «intentando así otorgar la máxima protección a quienes en las crisis matrimoniales padecen las consecuencias de la insolidaridad del obligado a prestaciones de aquella índole».

De la valoración de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, declaración del acusado, testifical de la perjudicada y de la hija de ambos, así como documental por reproducida, resulta suficientemente acreditada la responsabilidad de X. en los hechos objeto de enjuiciamiento. De su propia declaración, que consta en el folio 17, ratificada en el acto del Juicio Oral, se deduce que el mismo no entregó cantidad alguna a su esposa, en cumplimiento de la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de esta Ciudad, en el procedimiento de separación núm. 25/1988, durante el período comprendido desde el día 13 de julio de 1989, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/1989, y el día 3 de abril de 1990, transcurrido en exceso el período de tiempo requerido en el tipo.

Por su representación y defensa se invoca la imposibilidad económica del mismo para hacer frente a las prestaciones debidas. Particular importancia, se incluya la cuestión en la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, reviste la de que el obligado no pueda cumplir la prestación judicialmente refrentada o decidida. Rara será la apreciación del supuesto, puesto que la jurisdicción civil debe atender, inicial o sucesivamente, a las capacidades y disponibilidades económica de los sujetos, pero en todo caso habrá de resolverse aplicando las reglas generales sobre la exención de la responsabilidad, ante la posible concurrencia de un estado de necesidad no intencionadamente provocado, por lo que se habrá de investigar con extremada diligencia si la imposibilidad es el resultado de maniobras torticeras. El propio acusado reconoce en el acto del Juicio Oral que ganaba 80.000 pesetas, cantidad ésta que según la prueba testifical practicada y documental incorporada, se veía incrementada por la percepción de comisiones...». Por otra parte, hay que destacar la particular evolución de X., en relación a la empresa X., donde de Consejero Director pasa a empleado de la misma, al vender, junto con otros socios, sus acciones a la persona con la que actualmente está conviviendo al precio de una peseta cada acción, alegando dificultades económicas.

Pero aun prescindiendo de esta última circunstancia, así como del hecho de que el acusado no interesara la revisión de las prestaciones económicas fijadas en el auto de medidas provisionales, lo que resulta evidente es que el mismo no ha hecho entrega de cantidad alguna desde enero de 1989 al mes de mayo o junio, ni aun siquiera de aquellas cantidades que según él hubieran podido adaptarse mejor a sus posibilidades económicas, poniendo de manifiesto su voluntad de sustraerse al cumplimiento de la resolución judicial, no obstante incluso ser requerido expresamente por Providencia de fecha 1 de septiembre de 1989. Ante esta realidad, el acusado invoca como causa de justificación de su conducta, además de su presunta imposibilidad económica, el hecho de que los integrantes de la unidad familiar obtenían ingresos para atención de sus más inmediatas necesidades. respecto a esta última alegación hay que señalar que la conducta descrita en el tipo consiste en la omisión de una obligación pecuniaria impuesta mediante resolución judicial o convenio judicialmente aprobado. La prestación económica que deja de pagarse no tiene que producir ningún resultado, no siendo preciso que sea indispensable para el sustento del cónyuge o los hijos, si así fuera debería de aplicarse no el artículo 487 bis, sino el párrafo segundo del artículo 487, que depende de la reforma de 1989, se ha erigido en un tipo autónomo. Además, la apreciación subjetiva de que los integrantes de la unidad familiar no precisaban de su asistencia, se aviene mal con la realidad de que la menor de sus hijas tuviera que abandonar sus estudios para aportar ingresos con su trabajo, sin los cuales, así como sin los de las otras beneficiarias de la prestación, no hubiera podido desarrollar una vida ordinaria ante la actitud del acusado, que desde un primer momento decide no compartir, al menos en la medida de sus posibilidades, sus ingresos. Resulta revelador que el primer ingreso se produce en los meses de mayo a junio, a «...que sólo ha recibido 90.000 pesetas, por los meses de mayo y junio pasados, mediante un talón...», precisamente después de que el acusado fuera citado a declarar en las presentes diligencias, y que otros ingresos al parecer se hayan hechos efectivos el día anterior a la celebración

del Juicio Oral, confirmando la decisión del Legislador de reforzar el cumplimiento de las medidas acordadas en estos supuestos acudiendo a este nuevo recurso punitivo.

Segundo. Es autor penalmente responsable del delito antes mencionado el acusado X., quien consciente y libremente realizó los hechos descritos en el relato fáctico, todo ello de conformidad a lo prevenido en el artículo 14, párrafo 1, del Código Penal.

Tercero. En la realización de referido delito no ha concurrido circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

Cuarto. De conformidad a lo establecido en los artículos 19 y 109 del Código Penal, todo responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, debiendo ser condenado al pago de las costas procesales.

Uno de los aspectos más discutidos del artículo 487 bis hace referencia a la solución que se da al problema de si puede o no exigirse el cumplimiento de las prestaciones debidas en el proceso penal, o, por tratarse de una obligación precedentemente constituida, su cumplimiento debe interesarse en la ejecutoria civil correspondiente. En el supuesto de acogerse la primera tesis antes mencionada, se plantea el problema, a la vista de la naturaleza jurídica del delito, de qué prestaciones deben incluirse, así como la incidencia que en la cuantificación de las mismas tengan los actos realizados por las partes en la ejecutoria civil y que no haya tenido acceso al procedimiento penal.

A pesar de la amplia fórmula del artículo 19 del Código Penal, señala parte de la doctrina que no todas las infracciones punitivas llevan aparejada, junto a la responsabilidad criminal, una civil. Esto no sólo acontece en los supuestos en que no han existido daños, sino también en supuestos en que la Jurisprudencia ha negado la existencia de este tipo de obligación, como sucede con la doctrina que se ha venido manteniendo en torno al delito de cheque en descubierto que no genera otra responsabilidad civil que la derivada de los daños y perjuicios causados al margen del simple impago. La razón aducida ha sido siempre la misma: existe una obligación precedente, que no se ve afectada por la emisión del talón sin fondos: permanece inalterable y su reclamación deberá tener lugar siempre por la vía civil. Entiende este sector doctrinal que estas manifestaciones de nuestra Jurisprudencia dictadas a propósito del delito de cheque en descubierto encajan perfectamente en el único tipo delictivo, pues idéntico es el planteamiento y los elementos fácticos en los que descansa. Sin embargo, hay que objetar a esta tesis que son distintos los planteamientos y elementos en que hay que tener en cuenta en relación al artículo 487 bis. Mientras que en el delito de cheque en descubierto el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico mercantil, dándose satisfacción al mismo con independencia de que en el orden penal se incluya o no un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del impago, en el delito tipificado y penado en el artículo 487 bis el bien jurídico protegido es múltiple, siendo, por un lado, los derechos correlativos a los deberes asistenciales derivados de relaciones familiares o cuasi-familiares, con lo que se explica la inclusión de dicho artículo en el Título XII, «De los delitos contra la seguridad», afectada ésta por el incumplimiento de aquellos deberes de solidaridad, y por otro lado el orden público en la faceta recogida en el artículo 118 de la Constitución, ocurriendo que si bien respecto a este último se podría dar satisfacción al mismo omitiendo en el pronunciamiento penal toda referencia a las responsabilidades civiles generadas por la desobediencia a una resolución judicial, no sucede lo mismo por lo que se refiere al principio de solidaridad, que en modo alguno se encontraría reestablecido en su integridad si el perjuicio ocasionado por el incumplimiento no llevara aparejado, al lado de la respuesta punitiva, la solución inmediata a las necesidades «de los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlas», como argumenta el Legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

Tal solución plantea indudables problemas en orden a la fijación de las prestaciones que deben incluirse en el pronunciamiento penal, así como la determinación de su cuantía a la vista de los actos de las partes producidos en la ejecución civil. En relación a estas cuestiones hay que tener en cuenta la naturaleza jurídica del delito enjuiciado, siendo éste fundamentalmente un delito de omisión, por cuanto la conducta sancionada consiste en no llevar a cabo la legalmente esperada: pagar las prestaciones económicas, y un delito permanente, ya que, a consecuencia de la omisión, se crea un estado antijurídico cuyo cese depende de la voluntad del sujeto activo. En cuanto a la conducta, al ser de trato sucesivo, plantea la cuestión de si cabe la continuidad delictiva o deben fraccionarse los períodos de impago en tantos delitos como plazos típicos incumplidos, adecuándose más a las es-

estructuras del tipo y a los requisitos del artículo 69 bis la primera, por lo que la sentencia debe hacerse extensiva, por esta circunstancia y dado el carácter permanente de este delito, a las consecuencias civiles generadas por el incumplimiento hasta la fecha de su pronunciamiento, sin perjuicio de que una vez recaiga sentencia condenatoria sobre un comportamiento de impago, la reiteración de esa conducta tras la sentencia deben valorarse y perseguirse como un nuevo delito. Por último y por lo que respecta a los problemas que pueden suscitarse en relación a la ejecutoria civil, dado que las prestaciones fijadas pueden verse afectadas por actos de las partes que pueden no tener acceso al proceso penal, como pudiera ser una variación en la cuantía de la misma a instancia de parte y autorizada por el Juzgado de Familia o cualquier circunstancia producida durante la instrucción del proceso penal, es por lo que debe evitarse fijar una cantidad líquida en concepto de indemnización, siendo más procedente fijar las bases para determinarla acudiendo posteriormente en la ejecución a los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permitirán al deudor acreditar estas circunstancias, y concretamente el abono de algunas de las prestaciones ya satisfechas.

Por lo que se refiere a los hechos objeto de enjuiciamiento, el acusado deberá abonar a la perjudicada la cantidad de 60.000 pesetas por mes, desde el período comprendido del mes de agosto de 1989 al mes de diciembre, inclusive, del presente año, excluyéndose el mes de julio de 1989 al entrar en vigor la Ley Orgánica 3/1989 el día 13 de julio y ser pagadera la pensión en los cinco primeros días de cada mes. En el procedimiento civil de ejecución que se inicia para la determinación de la cantidad líquida antes fijada, podrá el deudor presentar la liquidación que corresponda justificando el pago de las prestaciones ya satisfechas, o de cualquier otra incidencia que pueda afectar a su determinación.

De la presente resolución, así como de aquella en la que se determine la cantidad líquida exigible deberá remitirse testimonio al Juzgado de Familia núm. 25 de esta ciudad para su constancia y efectos.

Por cuanto antecede y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

C) *Fallo*

En atención a lo expuesto, debo condenar y condeno al acusado X. como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y multa de 100.000 pesetas, con 20 días de arresto sustitutorio en caso de impago de la misma, con las accesorias de privación de todo cargo público y derecho de sufragio activo y pasivo durante el tiempo de condena, así como que indemnice a X. en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta que en principio corresponden a cada mes la cantidad de 60.000 pesetas, durante el período comprendido desde el mes de agosto de 1989 hasta el mes de diciembre del presente año, inclusive, con las deducciones que correspondan por las mensualidades ya satisfechas y al pago de las costas procesales causadas.

Se ratifica el auto de insolvencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida en la Ley, significándoles que contra la misma podrán interponer recurso de apelación ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de diez días, recurso que se formalizará ante este Juzgado.

Una vez firme esta sentencia, comuníquese al Registro Central de Penados y Rebeldes, con expresión de los preceptos infringidos y de las penas impuestas. Dedúzcase testimonio de la misma y de lo posteriormente resuelto en su ejecución, remitiendo al Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de esta Ciudad en relación con el procedimiento de separación registrada con el núm. 965/1988, para su constancia y efectos.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se unirá certificación a las actuaciones originales para su notificación y cumplimiento, lo pronuncio, mando y firmo.

5. SENTENCIA QUINTA

A) *Hechos probados*

Unico. Que del conjunto de la prueba practicada resulta probado que X., mayor de edad y sin antecedentes penales, fue, en virtud de Sentencia de 18 de julio de 1988, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid, en el correspondiente procedi-

miento de separación conyugal, obligado a pasar a su esposa X., para el mantenimiento de las cargas familiares, la cantidad de 60.000 pesetas mensuales, cantidad que en ningún momento ha hecho efectiva a partir del mes de julio de 1989, a pesar de los requerimientos que se le han efectuado.

B) *Fundamentos jurídicos*

Primero. Que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito del artículo 487 bis del Código Penal, ya que concurren todos los elementos del tipo penal. Consta la Sentencia de separación conyugal, en la que se señala que el marido y hoy acusado ha de contribuir con 60.000 pesetas mensuales actualizables anualmente con arreglo a las variaciones del Índice de Precios al Consumo. Que el acusado no ha hecho efectivo tal importe desde julio de 1989; por tanto, ha dejado de pagar la prestación durante más de tres meses seguidos, habiéndolo declarado el acusado en el acto del Juicio Oral, así como por la prueba testifical de la perjudicada y por la exploración realizada al mayor de los hijos de 15 años de edad.

El tipo penal en principio no exige más; sin embargo, quedan acreditados los requerimientos del pago efectuados.

El acusado motivó el impago en que el negocio no le funciona bien, y precisamente ha sido a raíz de la separación conyugal que ha tenido incluso pérdidas, ya que ha tenido que cerrar el puesto muchos días para ir al Juzgado.

Por supuesto que se pueden alegar estos y otros motivos, pero no son creíbles por esta Juzgadora los motivos alegados.

Respecto a la petición formulada por su Defensa de que procede realizar una compensación y rebajar la cifra señalada en la Sentencia de separación, no es éste el cauce procesal adecuado, ya que será ante el Juzgado de Familia que lleva la causa donde se puede solicitar la modificación de tales medidas, pero nunca en el Juicio Penal en el que nos encontramos.

Hay que tener presente que este precepto legal, como señala el preámbulo de la Ley 3/1989, «pretende proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar, frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos». Protege por ello a los que padecen las consecuencias de la «insoledad» del obligado a prestarlos.

En el presente caso y probada la inobservancia de la resolución judicial, los efectos que ello produce son una situación de penuria económica que ha llevado a la madre de familia a limpiar portales, y tener que pedir incluso ropas para ellas y sus cuatro hijos, siendo tan sólo esporádicamente, como dijo el hijo mayor de 15 años, que su padre les ha comprado «deportivas», o que les ha dado carne; es por todo ello que esta Juzgadora estima que hay un incumplimiento injustificado por parte del acusado, siendo delictiva esta conducta, por lo que se refiere al precepto del artículo 487 bis, desde julio de 1989, aunque ya antes existiera el delito de desobediencia contemplado en el artículo 237 del Código Penal.

Segundo. Que es responsable, en concepto de autor, el acusado, ya que conforme con el artículo 14.1 del Código Penal, ejecutó los hechos narrados.

Tercero. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Cuarto. Que en cuanto a la responsabilidad civil, el artículo 19 del Código Penal señala que todo responsable de delito o falta lo es civilmente, y ésta ha de tender a la reparación del daño causado, si el artículo 487 bis se consume porque hay un impago de tres mensualidades continuadas o seis discontinuas, o no cabe duda que la finalidad perseguida es la de satisfacer o contribuir con el pago de una cantidad destinada a cubrir las necesidades alimentarias del cónyuge con derecho a ellas y de los hijos, por lo que deberá indemnizar en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, desde julio de 1989 hasta la Sentencia con las actualizaciones fijadas de conformidad con el Índice de Precios al Consumo.

Quinto. Que procede la condena en costas. Artículo 109 del Código Penal.

En atención a lo expuesto,

C) *Fallo*

Que debo condenar y condeno a X., como responsable en concepto de autor de un delito del artículo 487 bis del Código Penal, a la pena de un mes y un día de arresto

mayor, multa de 100.000 pesetas, con arresto sustitutorio, suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante la condena, pago de costas y que indemnice a X. en la cantidad que se acredite durante la condena, pago de costas y que indemnice a X. en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia a razón de 60.000 pesetas mensuales, desde julio de 1989 a esta Sentencia con la actualización del Índice de Precios al Consumo relativos a los años 1989, 1990 y 1991 en la cantidad que le afecte.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 13 de julio de 1991.

6. SENTENCIA SEXTA

A) *Hechos probados*

Unico. En Sentencia de fecha 12 de julio de 1987, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Getafe, en los Autos de Separación 19/1989, se decretó la del matrimonio formado por X. y X., éste mayor de edad y sin antecedentes penales, y se aprobó el Convenio regulador presentado por ambos que fijaba en 15.000 pesetas mensuales la suma que debería aportar el marido «para el levantamiento de las cargas familiares de la hija». No obstante, el acusado no pagó los devengos de los meses de noviembre y diciembre de 1990 y el de enero de 1991, aunque podía haberlo hecho, alegando que la mujer no le dejaba ver a la hija del matrimonio e incumplía por ello el régimen de visitas establecido en el mencionado Convenio Regulador.

B) *Fundamentos jurídicos*

Primero. El nuevo delito tipificado en el artículo 487 bis del Código Penal (L.O. 3/1989, de 21 de junio) propende a la tutela del interés vital del cónyuge o hijos del matrimonio separado o divorciado, que tienen derecho por resolución judicial a una determinada prestación económica como medio para hacer frente a las necesidades de todo tipo que les impone una vida normal, como lo son los alimentos, vestido, educación y vivienda, redoblándose en tal interés en el supuesto de que los titulares del mismo sean menores, como ocurre en autos, por consecuencia del principio constitucional de protección de los mismos (39.3 de la Constitución), que anima la elaboración e interpretación de las leyes. Por lo tanto, el tipo referido nada tiene que ver con el contenido en el artículo 237 del Código Penal, que tutela un interés de otro tipo (la seguridad pública, la autoridad de los titulares de funciones públicas), o dicho de otro modo, ninguna colisión normativa puede existir entre un delito que se cumple atentando contra el interés residual familiar (supuesto del art. 487 bis) y otro que ataca el principio de autoridad (supuesto del art. 237), entre los cuales parte de la diversidad del bien jurídico protegido y diseño legal, no hay relación o engarce sistemático alguno.

Precisamente por lo dicho, el nuevo artículo 487 bis, no rescita para nada la prisión por deudas (lo que plantearía sin duda problemas de constitucionalidad), en cuanto castiga no al que deja de satisfacer una prestación económica en sí y con apartamiento de otra valoración, sino al que lo hace en el seno de un matrimonio quebrado y en relación a su cónyuge y/o a los hijos del mismo y, por lo tanto, en confrontación al ya aludido interés socio-vital de éstos que concreta una resolución judicial previa de separación, divorcio o nulidad, que en el caso analizado aprobó el Convenio Regulador presentado por los propios cónyuges. Realizada entonces la conducta omisiva que describe el precepto, animada por el dolo genérico que éste exige (el propio sujeto activo dice que dejó de pagar después de haberlo hecho anteriormente), cumplida la dilación de 3 meses consecutivos y no justificada por causa alguna (el mismo sujeto manifiesta que podía haber pagado), en particular por la retorsión, es obvia la concurrencia del ilícito y que su autor es el acusado, en quien se residen los presupuestos de la norma (art. 12.1 y 14.1 del Código Penal).

Segundo. Como responsable del delito debe satisfacer las costas del proceso (art. 109 del Código Penal).

Vistos los artículos 1, 9, 17, 24, 117 y en general todos de la Constitución Española, los pertinentes de aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

C) *Fallo*

Condene a X., como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia y niños, en la modalidad descrita, a la pena de 1 mes y 1 día de arresto mayor, con sus-

te que la peculiar penalización del impago objeto del presente trabajo pretende cubrir gratuitamente, como ha puesto de relieve la doctrina¹², una laguna de tipificación del C.p., siendo significativo lo superfluo de la medida en que la materia de la prohibición que la misma incorpora permite su más adecuado tratamiento dentro de la normativa general del texto punitivo, e incluso dentro también de los mecanismos previstos en la legislación civil.

Cabe, pues, afirmar que la regulación *ex novo* del 487 bis es distorsionante y contraindicada conforme a los principios generales del Derecho penal que exigen la «intervención mínima» como máxima que ha de estar presente en toda reforma que acometa la introducción de nuevos tipos penales, cuestión ésta que se refuerza si tenemos en cuenta que del 487 bis se deriva una posible violación del principio de supresión de la pena privativa de libertad por deudas civiles («nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual»)¹³.

Por otra parte, estimamos que el principio de igualdad contemplado en nuestra Constitución de 1978 en su artículo 14 («Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») queda claramente conculcado, ya que el artículo 487 bis implica una patente discriminación al impedir que los hijos no matrimoniales puedan encontrar protección penal en los supuestos que regula, cosa que no ocurre en el artículo 487, aunque en este caso nada tiene que ver la acción contemplada en el mismo.

Entendemos que el problema no se centra en la posibilidad material o no del pago de la pensión, ya que en caso de imposibilidad (y pese a que en la regulación del 487 actual se ha suprimido la frase «pudiendo hacerlo» y que en el 487 bis nada se dice al respecto) la acción quedaría fuera del ámbito penal por la simple disposición del artículo 1 del C.p. al faltar el dolo y la culpa¹⁴, sino en las soluciones a las que apunta la normativa penal, especialmente en el 487 bis, al no solucionar con la imposición de penas privativas de libertad y pecuniarias la situación en la que queda el miembro o miembros de la familia desde el punto de vista

pensión de cargo público y derecho de sufragio durante ese tiempo y multa de 100.000 pesetas, con 30 días de arresto si no la paga, así como al abono de las costas del proceso.

Notifíquese en legal forma esta resolución a las partes procesales, enterándolas de que la misma no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de apelación para ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial en el plazo de diez días desde la notificación.

Así, por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

¹² Vid. POLAÍNO NAVARRETE, *ob. cit.*, págs. 818 y sigs.

¹³ Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁴ Según el artículo 1 del Código Penal, «Son delitos las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley.

No hay pena sin dolo o culpa.

Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa».

económico en caso de impago. Sería en estos casos mucho más efectivo la adopción de soluciones en las que se otorgaran ayudas y adelantos con cargo a la acción sanitaria y social (Suiza, Ley de 25 de mayo de 1977; Luxemburgo, Polonia, Reino Unido, etc., y Francia), en las que el Estado suple al cónyuge moroso con la oportuna subrogación en las acciones jurídicas contra éste, no quedando el otro cónyuge ni los hijos desamparados, siendo posiblemente necesario, como ya ha apuntado la doctrina¹⁵, implantar en nuestro país la creación de un Fondo de Garantía dentro de la Seguridad Social o independiente de ella, que supla tales deficiencias, aunque con los mecanismos propios de las instituciones estatales para la persecución del fraude, mucho más efectivos que los que el Derecho pone al alcance de los económicamente débiles y necesitados.

En resumen, es patente que se muestra más que dudoso el acierto de la inclusión en nuestro Código penal del 487 bis, que sólo parece obedecer a un espíritu irreflexivo en el que los motivos políticos han primado sobre los técnicos dentro de una praxis coyuntural, más incidente en observaciones puntuales que en el enfoque global y serio de la solución a los problemas que demanda la sociedad moderna. Tales defectos, por lo demás, no creemos queden subsanados en el nuevo Código penal, si sigue los derroteros a los que apuntan los últimos proyectos de Ley Orgánica del futuro texto legal¹⁶, cuestión que sería imperdonable, al ser esta Ley el adecuado instrumento para la erradicación de nuestra normativa penal de aquellos preceptos basados, como hemos dicho, en la irracionalidad reflexiva tan desaconsejable en el ámbito objeto de estudio.

¹⁵ Vid. ALVAREZ PRIETO, «Incidencia de la actualización del Código Penal en el Derecho matrimonial», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 77, pág. 74.

¹⁶ El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 establece en su artículo 228 lo siguiente: «El que dejare de prestar la asistencia necesaria para el sustento de sus descendientes o tutelados menores o incapaces, o para el sustento de sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto a este último, que estuvieren separados por causa imputable al referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto de doce a veinte fines de semana o multa de doce a veinticuatro meses.

El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad o tutela por tiempo de cuatro a diez años.»

Igualmente el artículo 229 del citado proyecto dispone: «El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos o seis no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio o proceso de filiación, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana o multa de seis a veinticuatro meses.

Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.»